

‘CARPINTERÍA’ DE LA SENTENCIA PENAL (EN MATERIA DE ‘HECHOS’)

Perfecto Andrés Ibáñez

INTRODUCCIÓN

Una sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid, de 4 de junio de 1982, en su "1º CONSIDERANDO", rezaba: "que el Juzgado de Instrucción ha hecho una correcta apreciación y valoración del conjunto de las pruebas practicadas con la ventaja de haber instruido las diligencias y haber celebrado el juicio oral, con una intermediación procesal de la que ha extraído unos hechos que no hay motivo alguno para cambiar, como la recurrente pretende, pues el criterio de la parte no puede prevalecer frente al del órgano jurisdiccional a no ser que se demuestre error en la apreciación de las pruebas o que se han deducido de las mismas unas consecuencias ilógicas, absurdas o contradictorias nada de lo cual se ha acreditado con la interposición y sostenimiento del recurso".

El texto que acabo de transcribir, dicho esto sin la menor ironía, me parece, leído hoy, ciertamente luminoso, al menos por dos razones. De una parte, porque ilustra de forma bien plástica cómo la cultura procesal de nuestro país ha evolucionado -no sin esfuerzo- en aspectos relevantes. Así, no cabe duda, que cualquier tribunal que hoy se viera en la necesidad de discurrir sobre la posición ideal del juez en el enjuiciamiento, se expresaría con la misma firmeza que la Audiencia Provincial de Madrid en 1982, pero para sostener, justamente, todo lo contrario en la materia. Es decir, la necesidad de que el que juzgue sea alguien libre de implicaciones en los actos de investigación.

Pero el texto citado sirve también para poner de relieve que la evolución cultural experimentada en los medios de la jurisdicción española no ha sido en modo alguno uniforme ni homogénea durante todo este tiempo. Ciertamente es -y aquí la observación se refiere a la segunda parte de aquél- que seguramente se registrarían cambios de matiz en el estilo o en el modo de decir, pero no creo que pueda considerarse desterrado de la vigente cultura de los jueces el tópico de la apriorística superioridad de su propio criterio. Superioridad que en ese tipo de discurso y en la práctica se hace radicar no tanto y no solo en el supuesto derecho a hacerlo prevalecer sobre el de la parte, sino en el dato implícito de que esto acontece en virtud de un verdadero privilegio, puesto que esa superioridad se predica de una *ratio decidendi* en materia de valoración de la prueba que, con la mayor frecuencia, no resulta verbalizada; tratándose, por tanto, de la superioridad autoritaria de una razón oculta.

En efecto, en esta materia, verdaderamente central en la economía de la resolución judicial, impera una extraordinaria tolerancia frente al déficit de motivación, con apoyo en conocida jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional bastante tenue en la exigencia, y también en posiciones doctrinales de un tenor similar.

LA SENTENCIA COMO ACTO DE PODER: PARTICULARIDADES

La sentencia penal es un acto preceptivo del juez, que siempre incide sobre bienes jurídicos sumamente sensibles y que, cuando es condenatoria, afecta intensamente a los sujetos concernidos en sus derechos fundamentales. En tanto que acto del poder público, del poder estatal, que es, no debe ser arbitrario (Art. 9,3º CE). De ahí que se imponga a quien lo emite el deber de motivación (Art. 120,3º CE).

A idéntica finalidad responde el cúmulo de dispositivos de garantía que integran la actual disciplina constitucional del proceso; antes, los que regulan el estatuto del juez; y, antes aún, el mismo principio de legalidad, que en materia penal ha de ser entendido de manera particularmente exigente, como estricta legalidad¹. Unos y otros están idealmente orientados a asegurar que la verificación del carácter eventualmente delictivo de una conducta pueda hacerse con el menor coste para las personas afectadas. Y dentro de ciertos límites, cuyo respeto es condición de validez de los actos. Por otro lado, el proceso de adquisición de conocimiento sobre acciones de personas concretas que se desarrolla en el marco de procedimiento criminal, responde al paradigma de la contradicción. O lo que es lo mismo, se realiza a través de una actividad controversial y dialógica, que los sujetos implicados en ella protagonizan, y ante un observador imparcial que es el que tiene que decidirla.

Esto, con el fin de asegurar la imposición de la pena legal sea la consecuencia necesaria de la previa acreditación suficiente de que un sujeto ha sido realmente autor de una acción descrita en la ley como delito.

Por tanto, y es algo que singulariza a la sentencia penal como acto del poder del Estado, la pena tiene que haber sido precedida de una actividad de carácter cognoscitivo, de un estándar de calidad tal que permita tener como efectivamente producido en la realidad lo que se afirma como tal en los hechos que se dicen probados. Es decir, que es verdad que Fulano realizó la acción por la que se le condena.

¹ Cfr. L. Ferrajoli, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, trad. de P. Andrés Ibáñez, A. Ruiz Miguel, J. C. Bayón, J. Terradillos y R. Cantarero Bandrés, Trotta, Madrid, 1995, págs. 34 y 35.

En esto, es decir, en la circunstancia de que su validez esté subordinada a la verdad de los enunciados fácticos², la sentencia penal se distingue tanto de otros actos de poder -que no demandan ninguna verdad acreditada, como fundamento- como de la generalidad de los actos jurídicos. Y en este rasgo de la sentencia cobra expresión el principio básico de legitimación de la jurisdicción. Que, como bien se sabe, no es de carácter representativo o consensual, puesto que lo que confiere legitimidad formal al enjuiciamiento es la circunstancia de que quien lo realiza se encuentra en condiciones -estatutarias y procesales- que le habilitan para la averiguación imparcial de la verdad.

Ese dato nuclear del diseño constitucional del juez y la jurisdicción se proyecta sobre la sentencia bajo la forma de una exigencia. Esta es que la dimensión de potestad de la decisión que contiene debe contar con la autoridad que solo puede darle la evidencia de tener como antecedente y fundamento una actividad de adquisición y valoración de los datos relevantes inspirada en criterios de racionalidad gnoseológica.

Así, la decisión contenida en la sentencia no solo tiene que expresar una convicción digna de la confianza que pueda suscitar en terceros la transparencia del iter procesal, hoy dotado de mucha mayor visibilidad. Se trata de algo más, ha de reunir también las condiciones precisas de transparencia argumental en la justificación para hacer frente con eficacia a lecturas nutridas de legítima desconfianza. El fallo podrá o no convencer, pero, idealmente -y es la dirección en la que apunta el modelo constitucional- deberá haber sido bien y suficientemente explicado. A su destinatario por antonomasia, el acusado, a las restantes partes, pero, todavía más, también a eventuales lectores ajenos a la relación procesal y al caso concreto.

Mientras la sentencia de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se concebía como acto esencial, si no exclusivamente, interno al proceso; la sentencia postconstitucional -de ahí el deber fuerte de motivar (Art. 120,3º CE)- se abre a un espacio de mucha mayor amplitud, en gran medida extraprocesal. En ella el juez, entra en interlocución con un haz de sujetos mucho más abierto, potencialmente ilimitado. Desde luego, en principio, pero, asimismo y cada vez más, también en la práctica.

Esta inflexión, no irrelevante, en el sentido y el destino del acto, no puede dejar de producir consecuencias en la propia morfología de éste. En efecto, si tiene que explicarse -que es autoexplicarse- incluso para quienes no están en el conocimiento de que gozan los directamente implicados en el proceso, deberá incorporar los datos que sean precisos para que pueda ser así. Por lo que, dicho con Maier, será necesario que

² Cfr. L. Ferrajoli, en op. cit., págs. 622-623.

"se baste a sí misma"³.

Con ello se profundiza y enriquece la vieja demanda (insatisfecha) de claridad dirigida a los jueces. Porque ahora lo suscitado no es un asunto meramente formal o de estilo. Pues el interlocutor actual de aquéllos ya no es el abogado de la parte, sino la propia parte y la ciudadanía en general.

ESTATUTO DEL 'HECHO'

Un libro reciente destinado a discurrir, desde la teoría del derecho, sobre algunas cuestiones de fondo de la decisión judicial, rotula la reflexión relativa a la *quaestio facti* de una manera bastante expresiva: <<"Hecho": una noción problemática">>⁴. Este modo de aproximación al asunto, que tiene -a partir de desarrollos ya clásicos en la filosofía de la ciencia- carta de naturaleza en otros ámbitos disciplinares del saber jurídico, dista todavía bastante de haberse instalado de la misma manera en la cultura procesal y, más aún, en la de los jueces. Ello como consecuencia de la presencia con que todavía cuenta en los medios de la práctica jurisdiccional alguna herencia de la doctrina de la exégesis y de la concepción silogística de la aplicación de la ley, que, como señalara Engisch, ha puesto siempre el acento en la llamada premisa mayor⁵.

Así, no resulta extraño ver al juez tratado como pasivo receptor de "hechos", ya dados como tales, es decir, como una especie de material inerte, confiado a su intuición y a su "buen sentido", en cuanto apenas necesitado de otra cosa que un simple tratamiento clasificatorio bajo alguna categoría jurídica, lista para recibirlo.

De este modo se explican circunstancias tan significativas como la franca expulsión habitual de los hechos de los repertorios jurisprudenciales; su práctica total ausencia de las obras de derecho procesal, de los planes universitarios de estudio, y ¡de los planes de formación de jueces!

Tal estado de cultura y de conciencia de los juristas prácticos y, sobre todo, de los jueces, aparte de otras consecuencias, producía y, en la medida en que permanece, produce un efecto paradójico. Reflejo de una concepción del trabajo jurisdiccional esencialmente dirigida a restar protagonismo al aplicador de la ley, venía, de facto, a abrir la puerta al decisionismo más incontrolado en la determinación de los

³Julio B. J. Maier, *Derecho procesal penal. I Fundamentos*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2ª edición 1996, pág. 871.

⁴T. Mazzaresse, *Forme di razionalità delle decisioni giudiziali*, G. Giapichelli editore, Turín, 1996, pág. 88.

⁵K. Engisch, *Introducción al pensamiento jurídico*, trad. de E. Garzón Valdés, Guadarrama, Madrid, 1967, pág. 69.

hechos. Precisamente allí donde más riesgo corre -en cualquier caso- la seguridad jurídica.

De este universo cultural forma parte esencial también una concepción de la prueba bien asentada en nuestro medio jurisprudencial, incluido el Tribunal Constitucional. Es la que responde a la idea de la existencia de medios de prueba en sí mismos de más sencillo manejo que otros y de mayor eficacia per se en los resultados⁶. Desde esta óptica, la prueba de testigos, por ejemplo, representa el paradigma de la transparencia, la explicitud y el rendimiento probatorio. No obstante ser un medio que, a juicio de tratadistas tan autorizados como Taruffo, "sigue siendo el instrumento más incierto e inseguro para la averiguación judicial de la verdad"⁷.

Así las cosas, la única forma de revertir la situación aludida y la inevitable estela de sus perniciosos efectos de variado orden, pasa por recuperar para la *quaestio facti* su constitutiva complejidad, de manera que se desplace definitivamente la añeja tendencia a la banalización de su relevancia en la experiencia jurisdiccional.

Esta línea de esfuerzo obliga a prestar atención a la forma en que los hechos empíricos pueden tener entrada en el proceso y a interrogarse por el modo más racional de conocerlos, en la perspectiva de operar jurídicamente sobre ellos, a sabiendas de la necesidad de justificar explícitamente lo que se haga en ese terreno.

Ya Carrara hacía ver tempranamente que en la prueba se trabaja no directamente con hechos, sino con proposiciones que los tienen por objeto⁸. En efecto, la actividad probatoria se desarrolla a través de afirmaciones relativas a aquéllos, que se presentan en el acto del juicio de forma contradictoria, todas, siempre, con la pretensión de ser tenidas por verdaderas y excluyentes, por ende, de la verdad de las que se les opongan. Así, "cada afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de un enfrentamiento efectuado no con un hecho, sino con otro enunciado", señala Ubertis⁹, de modo que, con Carnelutti: "la prueba (de un juicio) no puede consistir si no en un juicio diverso"¹⁰.

⁶ De este asunto en la jurisprudencia de la Sala Segunda me he ocupado con algún detalle, en "La función de las garantías en la actividad probatoria", en la obra colectiva *La restricción de los derechos fundamentales de la persona en el proceso penal*, CGPJ, Madrid, 1993, págs. 228 y ss.

⁷ M. Taruffo, "Prova testimoniale (diritto processuale civile)", en *Enciclopedia del diritto*, XXXVII, Giuffrè, Milán, 1988, pág. 755.

⁸ F. Carrara, *Programa de Derecho Criminal. Parte general*, vol. II, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, pág. 381.

⁹ G. Ubertis, "La ricerca della verità giudiziale", en *La conoscenza del fatto nel processo penale*, G. Ubertis (ed.), Giuffrè, Milán, 1992, pág. 12.

¹⁰ F. Carnelutti, *Diritto e processo*, Morano editore, Nápoles, 1958, pág. 129. Hay trad. castellana, de S. Sentís Melendo, *Derecho y proceso*, EJEA, Buenos Aires, 1971, pág. 146.

Por tanto, y es el primer nivel de complejidad sobre el que llamar la atención, lo fáctico en el proceso, que pertenece inevitablemente al pasado, tiene una existencia siempre lingüísticamente mediada¹¹ y su determinación se lleva a cabo a por un procedimiento conflictual y a través de aportaciones parciales. Parciales, con la mayor frecuencia, en el doble sentido de fragmentarias y (consciente o inconscientemente) interesadas. Por tanto, los enunciados fácticos que fluyen de la actividad probatoria incorporan "lecturas", narraciones, es decir, interpretaciones o atribuciones de sentido, que deben, a su vez, ser "leídas" e interpretadas.

Consecuencia de esto es que el hecho en el proceso no aparezca ya "dado", sino que resulta "construido"¹² dentro de él y, precisamente, con tales materiales y presentados de aquella forma. De esta manera, no cabe duda, el objeto del proceso tiene una consistente dimensión subjetiva¹³, presente en la transmisión, en la recepción y, en general, en todo el curso de la elaboración de los datos. Dimensión de la que ha de ser consciente el que juzga, para que su actuación esté presidida por una fuerte tensión hacia la objetividad, hecha de respeto de las reglas procesales del juego contradictorio y de conciencia crítica y, sobre todo, autocrítica de las hipotecas que comporta su condición de lector de otras lecturas, en la que y a través de las cuales se trata de llegar al mejor conocimiento posible de una verdad empírica relativa a la forma de producción de algún hecho pasado.

Pero no es el plano de la subjetividad de quienes intervienen en el proceso de elaboración de los materiales probatorios el único que ejerce una influencia contaminante de la hipotética facticidad natural de los hechos. En efecto, ésta se pierde inevitablemente desde el momento mismo en que algún comportamiento humano se hace experiencia jurídica: "un determinado actuar social puede considerarse jurídicamente significativo (esto es, jurídico) en cuanto sea inteligible a la luz de un sistema de reglas que le atribuyan, típicamente, un significado jurídicamente relevante"¹⁴.

No se trata, evidentemente, de poner en tela de juicio la existencia material de los hechos como tales. Es más, aunque percibidos a través de la mediación jurídica y seleccionados como objeto de interés por su relevancia en ese solo plano, el proceso tiene como orientación ideal la captación de aquellos en esa dimensión, es decir, evitando al máximo la producción de distorsiones o forzamientos, de manera que

¹¹ Su comprensión, en consecuencia, "es accesible sólo en la forma de un texto". (B. Pastore, Giudizio, Prova, ragion pratica. Un approccio ermeneutico, Giuffrè, Milán, 1996, pág. 126).

¹² B. Pastore, op. cit., pág. 69.

¹³ El hecho no se encuentra nunca, en el proceso cognoscitivo, en su absoluto aislamiento, sino siempre relacionado con el sujeto que conoce de él que, en cuanto tal, lo inscribe en un contexto axiológico-pragmático en el momento mismo en que lo hace objeto de la propia consideración". (G. Ubertis, Fatto e valore nel sistema probatorio penale, Giuffrè, Milán, 1979, pág. 28).

¹⁴ L. Ferrajoli, "Interpretazione dottrinale e Interpretazione operativa", en Rivista Internazionale di Filosofia del Diritto, 1966, pág. 293.

operar jurídicamente no se traduzca en la artificiosa creación de un supuesto ad hoc.

Ocurre, sin embargo, que aunque a veces se haya acudido al símil óptico para explicar el modo de ser de la relación de la derecho/hecho en la vertiente procesal, la figura de la lente jurídica a través de la que se veía una realidad extra o prejurídica, no es la más afortunada. Así, resulta que la misma distinción de una *quaestio facti* y una *quaestio iuris* se ha puesto en tela de juicio¹⁵. Y no cabe duda que si se habla de una cuestión de hecho es precisamente porque se ha decidido que lo sea por/para el derecho¹⁶. Este, con su intervención, incorpora un plano semántico, sobre cuya existencia como tal debe existir igualmente claridad. Atribuir relevancia jurídico-penal a un hecho, que es lo que lleva a la instauración de un proceso, es dotarlo de una determinada significación en función de una norma.

De este modo, entre *quaestio facti* y *quaestio iuris*, entre las que corre una línea de demarcación que, en el expresivo decir de Guastini, es "fluctuante"¹⁷, media una "conexión estructural"¹⁸, que, en particular, en la experiencia procesal penal, está animada por un intenso dinamismo, bien descrito como "circular" por la concepción hermenéutica¹⁹. Hasta el punto de que, para caracterizar el movimiento que, en el proceso, imprime la dialéctica controversial se ha hablado de la emergencia una "cuestión mixta"²⁰. Que es tal, no por la yuxtaposición de las premisas del clásico silogismo, sino por la forma en que se produce la progresiva elaboración de las mismas, a través de una secuencia de aproximaciones sucesivas, de "idas y venidas", en el curso de la actividad decisonal²¹.

APUNTE SOBRE LA 'VERDAD PROCESAL'

Se ha especulado mucho en la materia, acerca de la que se enfrentan posiciones que van desde el nihilismo más desesperanzado al realismo más ingenuo²². Lo cierto es que a estas alturas del debate

¹⁵Cfr. T. Mazzarese, op. cit., págs. 84 y siguientes.

¹⁶Cfr. G. Zaccaria, *L'arte dell'interpretazione. Saggi sull'ermeneutica giuridica contemporanea*, Cedam, Padua, 1990, págs. 52 y ss. y 98 y ss.

¹⁷R. Guastini, *Dalle fonti alle norme*, Giappichelli, Turín, 2º ed. 1992, pág. 52.

¹⁸Es como la define B. Pastore, en op. cit., pág. 114. Justamente, porque, como ha señalado Ubertis, poniendo de manifiesto la intensidad de esa relación: "si el juicio sobre la *quaestio facti* no puede ser nunca de 'puro hecho' al estar estructurado por referencia a coordenadas jurídicas, el juicio sobre la *quaestio iuris* está necesariamente ligado al 'hecho'". (En Fatto e Valore, cit., pág. 75).

¹⁹Cfr. G. Zaccaria, op. cit., págs. 54-55. También L. Prieto Sanchís, *Ideología e interpretación jurídica*, Tecnos, Madrid, 1987, pág. 55.

²⁰Cfr. asimismo B. Pastore, op. cit., pág. 122.

²¹Taruffo lo ha expresado con singular plasticidad, cuando escribe: "se pone en evidencia el aspecto dialéctico y en cierto sentido circular o 'en espiral' de la relación norma-hecho; la calificación jurídica del hecho es vista como el fruto del isomorfismo entre construcciones conceptuales que 'se avencinan' más que como un paso deductivo o subsumitivo; resulta claro que la opción de la norma aplicable es una consecuencia del modo como 'se construye el caso', y que también las opciones interpretativas son a menudo la consecuencia, más que la premisa, del supuesto de hecho concreto que debe ser calificado jurídicamente". (I vertice ambiguo. Saggi sulla cassazione civile, I Mulino, Bologna, 1991, pág. 119).

²²Una rica exposición de las diversas posiciones puede encontrarse en M. Taruffo, *La Prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milán, 1992, págs. 1 y siguientes.

y de la teoría y la historia del proceso penal cabe, creo que sin demasiado riesgo, hacer algunas afirmaciones. La primera es que el ideal a que tiende el proceso penal en el Estado de derecho (que ha constitucionalizado sus reglas) es que cada vez que se haga una afirmación del género: "Fulano ha realizado tal acto", sea verdad porque, en efecto, haya sido así.

La segunda es que, aunque pueda parecer paradójico, el proceso penal está hoy en condiciones de producir mejor calidad de verdad que nunca, justamente por la actual racional modestia de sus pretensiones al respecto. Es decir, una vez aceptado -con algunas precisiones necesarias- que su concepto de la verdad "es exactamente el mismo que el que usan las ciencias empíricas"²³. O sea, el que es propio del conocimiento probable que es el único al que cabe acceder con una metodología inductiva. Esta es la sola aplicable cuando lo que se persigue es averiguar si un hecho singular ha acontecido en el pasado y la acción correspondiente puede ser atribuida a un sujeto concreto.

Al tratarse, como es patente, de hechos pretéritos, la verdad procesal participa, en primer lugar, de las limitaciones propias de la verdad histórica. Y, además, puesto que el conocimiento sobre el caso ha de obtenerse con intervención del sujeto al que el hecho se imputa y con la colaboración de otros sujetos capaces de aportar información por haber estado en algún tipo de relación con uno y/o con el otro, es obvio que el fin de averiguación perseguido no puede justificar el empleo de cualquier medio. Por eso, el proceso, en tanto que proceso cognoscitivo, está sujeto a límites legales que afectan a las fuentes de prueba y a su tratamiento, lo que hace que la verdad procesal sea una verdad también jurídicamente condicionada. Ferrajoli habla de una verdad "normativa"²⁴.

Ya se ha dicho antes que, en el proceso, la verdad (o la falsedad) no se predica de los hechos en tanto que acaecimientos de la realidad material, que, como tales, no llegan al mismo. En él se opera con enunciados de los que aquéllos son el objeto. Enunciados debidos a diversos sujetos que interaccionan entre sí y con otro sujeto, que es el juez. Por lo que el desarrollo de la actividad probatoria acusa una inevitable carga de elementos de subjetividad difícilmente controlables, que se filtran en los enunciados relativos a los hechos que concurren en el momento probatorio y en el de la decisión y su motivación.

Por eso, es tan importante que se den las mejores condiciones en el plano del lenguaje para que en el curso del proceso pueda hacerse

²³ C. Alchurrón y E. Buluyán, "Los límites de la lógica y el razonamiento jurídico", en los mismos, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pág. 311.

²⁴ En op. cit., pág. 60.

un uso correcto del término "verdadero" referido a aquellos enunciados. De aquí que, últimamente, la tradicional preocupación por los criterios epistemológicos de indagación de la verdad en materia de hechos -por la averiguación de lo realmente sucedido- haya trascendido al plano semántico²⁵. Esto, como escribe Ubertis, porque "la afirmación probatoria que constituye el objeto de prueba resulta verdadera solo en función de una comparación efectuada no con el 'hecho' al que se refiere, sino con otro enunciado (por ejemplo, el obtenido de la deposición de un testigo que se considera fiable o el extraído del examen de un documento), verificándose, así, que las dos aserciones coinciden"²⁶.

En esta confrontación de enunciados en que se resuelve la actividad probatoria, y en la decisión sobre los mismos para atribuir o negar la calidad de verdadero(s) a uno(s) por referencia a otro(s), que es su valoración, juega un papel esencial, pues, el rigor en el uso del lenguaje. A empezar, naturalmente, por el del legislador.

Cuando el Código penal se sirve de enunciados asertivos (por ejemplo, "el que matare", para definir el homicidio), cuyo contenido es un supuesto de hecho de carácter inequívocamente empírico, posibilita, de una parte, la investigación observacional de las condiciones de la muerte concreta que es objeto del proceso, a través del examen de los elementos de juicio obtenidos de las distintas fuentes de prueba; y, después, la adecuada verbalización y comparación de los resultados de ese examen. En vista de éstos, podrá llegar a afirmarse, con (expresión del) fundamento probatorio, que es verdad que "Fulano ha dado muerte intencionadamente a Mengano"; hacerlo sin riesgo práctico de error para el interlocutor sobre el sentido del aserto; y concluir que esa es la conducta inculpada en aquél precepto.

²⁵ Lo que se suscita en este contexto es el problema de las condiciones de uso del término verdadero referido a un enunciado relativo a los hechos. Ubertis (Fatto e valore, cit., págs. 91 y 92) y ahora, sobre todo Ferrajoli, in extenso (Derecho y razón, cit., págs. 20-23) se muestran partidarios de recuperar la concepción semántica de la verdad formulada por Tarski. Para lo que aquí interesa, basta señalar que alcanzar un nivel ideal de rigor en la formulación de los enunciados que en la sentencia judicial constituyen los hechos probados, sería preciso: Primero, en el plano del lenguaje legal (lenguaje objeto, porque es el lenguaje sobre el que se va a discutir) los enunciados denotasen como delito auténticos hechos, taxativa y unívocamente descritos (ej.: "el que matare"). Segundo, disponer de otro lenguaje (meta-lenguaje) semántico, igualmente riguroso, pero que ha de ser más rico que el anterior, es decir, que el lenguaje legal (lenguaje objeto). Este segundo tipo de lenguaje es aquél con el que opera, en nuestro caso, el juez. Tiene que ser riguroso para que no se pierda la precisión descriptiva que garantiza el tipo delictivo; y más rico, porque con él ha de poder hablarse: de las proposiciones del mismo tipo legal, del hecho empírico al que éste se refiere, y de la relación de correspondencia entre aquéllas y éste. El planteamiento de Tarski sirve para diseñar un modelo, en este terreno inalcanzable en su plenitud, pero al que se debe tender celosamente. Por el legislador, haciendo que sus definiciones contengan referencias empíricas bien precisas. Por los teóricos del derecho y juristas en general, contribuyendo con rigor a la elaboración de ese meta-lenguaje que es la ciencia jurídica, orientado reflexivamente a servir de instrumento para la finalidad señalada. Por los jueces, mediante un esfuerzo cultural serio, dirigido a hacer un uso respetuoso y fiel del lenguaje legal, sirviéndose para ello de categorías jurídicas cuyo rendimiento esté bien contrastado. Un cuidado equivalente debe presidir el uso del lenguaje común en la elaboración de los hechos objeto destinados a ser subsumidos en las descripciones legales. Como puede advertirse, el empeño es teórico-jurídico, pero demanda -y, no cabe duda, especialmente en el caso del juez- actitudes de despierta tensión autocrítica, para evitar al máximo deslizamientos inconscientes en el plano de las valoraciones, y también mucho de honestidad intelectual.

²⁶ G. Ubertis, "Prova (in generale)", Digesto IV, Utet, Turin, 1995, vol. X penal, pág. 301.

Siempre que se dé esa precondition de rigor descriptivo en el lenguaje legislativo, se hace posible, incluso se facilita y se promueve eficazmente, el empleo de ese mismo estándar de rigor en los restantes momentos del desarrollo de la actividad procesal. En cambio, si en el punto de partida de ésta se sitúan términos no descriptivos (por ejemplo "la finalidad de subvertir el orden constitucional", es decir, la atribución de la calidad de subversivo, o sea, un término valorativo²⁷, como elemento cualificador de determinados actos), el resultado es justamente el opuesto. Porque el lugar del hecho lo ocupa un juicio de valor, y la determinación de la concurrencia o no de ese elemento, sobre todo en ciertos casos, comporta la confrontación de puras valoraciones y el mismo enunciado en que se exprese la decisión final implicará una atribución de cualidad, compatible o no compatible, pero, en sí misma, ni verdadera ni falsa.

En supuestos como el que acaba de aludirse, es decir, cuando el tipo penal no denota hechos empíricos susceptibles de verificación mediante la prueba, la calidad cognoscitiva de la actividad jurisdiccional se reduce drásticamente y el discurso probatorio se degrada a mera confrontación de (pre)juicios de valor. El defecto de taxatividad del enunciado normativo en el diseño de un tipo penal genera incertidumbre que se trasmite, inevitablemente, en su momento, al *thema probandum*. La sentencia está condenada a ser un ejercicio de decisionismo.

Como conclusión de estas consideraciones cabe afirmar que la condición de instrumento apto para la averiguación de la verdad en materia de hechos solo puede predicarse del proceso penal cuando se satisfacen determinadas condiciones, hoy constitucionalmente disciplinadas en lo esencial; siempre que se den otras como las que tienen que ver con la calidad del texto legislativo y la actitud cultural y profesional del juez y su grado de respeto de aquellas reglas del juego procesal. La verdad procesal a la que cabe acceder es, pues, un resultado, no un atributo metafísico. Resultado de un esfuerzo y como tal, y con esa conciencia, debe perseguirse.

CONTEXTOS DE LA JURISDICCIÓN

Se debe a Reichenbach la propuesta de distinguir en el desarrollo del conocimiento científico lo que el llamó dos contextos. El de descubrimiento y el de justificación²⁸. En el primero se incluye la fase

²⁷ El problema que suscitan los términos valorativos es que "su extensión [es decir, el conjunto de objetos a que es susceptible de aplicarse] es además de indeterminada indeterminable". (L. Ferrajoli, op. cit., pág. 120).

²⁸ Una excelente exposición sintética de la propuesta de Reichenbach, su aceptación y relevancia y la discusión de que, ulteriormente, ha sido objeto, puede verse en J. Echevarría, *Filosofía de la ciencia*, Akal, Madrid 1995, págs. 51 y ss. Del tema, en el marco del razonamiento jurídico, se ha ocupado M. Atienza, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, págs. 22-26.

de aquél consistente en una actividad de naturaleza heurística y que puede ocurrir conforme a los más variados criterios y responde, en la mayor medida, a la capacidad imaginativa y la intuición de quien la desarrolla²⁹. Los datos empíricos que están en el punto de partida de tal actividad se seleccionan con total libertad, libertad que rige asimismo en el momento de formulación de las hipótesis explicativas, puesto que éstas, como ha escrito Hempel, "no se derivan de los hechos observados, sino que se inventan para dar cuenta de ellos. Son conjeturas..."³⁰. En el contexto de justificación las operaciones que se desarrollan son de carácter argumentativo y están orientadas a convencer de la existencia de las mejores razones para la aceptación de la conclusión que se propone. Normalmente se resuelve en la explicación reconstructiva del desarrollo de la precedente actividad, bajo la forma de un discurso³¹ racional, dotado de coherencia interna, que es lo que hará aceptable la decisión.

Algunos autores³², en momentos relativamente recientes, han considerado de utilidad la aplicación de la distinción de Reichenbach al terreno del razonamiento jurisdiccional, puesto que éste -aquí siempre desde la perspectiva del juez- aparece articulado en varios momentos, el que precede a la decisión, el la adopción de ésta y el de justificación de la misma. Estos momentos, en la práctica jurisdiccional son algo más que virtuales, puesto que tienen una dimensión institucional, y una ubicación en sedes orgánicas diferenciadas. Así, el contexto del descubrimiento se identifica con la fase de la investigación procesal, que concluye con la formulación, y la propuesta, al juez de una hipótesis, que aquí es la hipótesis acusatoria. En este ámbito, el juez o el fiscal investigador opera con la lógica del detective, es decir, la propia del método abductivo, que consiste en "razonar hacia atrás". Esta actividad se produce, como es bien claro, en el marco de la experiencia acumulada en operaciones del género, pero, en el plano de la adquisición de conocimiento, de un modo no codificado sino muy abierto a las opciones individuales, a las ocurrencias del investigador, como criterios orientativos de la búsqueda y selección de las propuestas de explicación hipotizables. Ciertamente, a mayor simplicidad del caso el abanico de las opciones

²⁹ A este respecto, W.C. Salmon, por ejemplo, se refiere al genial matemático indio, Ramanujan (1887-1920) que atribuía sus descubrimientos a las sugerencias que la diosa Namakkal le hacía durante el sueño (Lógica, trad. de C. Gerhard, UTEHA, México 1965, pág. 16). J. Echevarría recuerda el caso de "Kepler, quien partió en sus investigaciones de una analogía entre la Santísima Trinidad y el sistema solar" (en op. cit., pág. 53).

³⁰ C. G. Hempel, *Filosofía de la ciencia natural*, trad. de A. Deaño, Alianza Editorial, Madrid 1973, pág. 33. Como señala este autor, no es en modo alguno indiferente el bagaje de conocimientos sobre el campo en que se mueve el investigador, a la hora de obtener resultados. En efecto, la actividad como tal es libre, pero es bien obvia la diferencia entre una libertad bien informada y la que no lo esté, a la hora de la adquisición de conocimiento sobre algún fenómeno. Las "conjeturas felices", dice muy expresivamente el propio Hempel no suelen deberse a principiantes.

³¹ De "actividad" y "discurso" habla Taruffo para referirse al contenido de cada uno de los dos contextos (La motivazione della sentenza civile, Cedam, Padua 1975, pág. 215).

³² Así, Amodio, "Motivazione della sentenza penale", en *Enciclopedia del diritto*, Giuffrè, Milán, 1977, vol. XXVII, págs. 216-218; Ubertis, *Fatto e valore*, cit., págs. 55-56; y Taruffo, *La Prova* cit., págs. 417-420. Ubertis ha distinguido en el caso de la jurisdicción un tercer contexto, el de la decisión, que aquí se acoge porque su evidente fecundidad explicativa.

posibles será tanto menor, incluso, con frecuencia, las pautas de comportamiento del operador estarán "cantadas". Pero en los supuestos más complejos, las actitudes y aptitudes de éste serán determinantes en cada caso de su particular orientación³³. Un sujeto experimentado, dotado de imaginación y de excelente memoria, ante un caso difícil, se moverá en un horizonte de posibilidades de mayor amplitud y previsiblemente más fructífero que el que no goce de tales condiciones iniciales. Por eso, se ha señalado, que la elección de los criterios-guía llamados a conducir la investigación es materia cuyo estudio corresponde más a la psicología y a la sociología que a la epistemología.

La formulación de la acusación da paso a la fase de enjuiciamiento, que es el contexto de la decisión, momento específico del quehacer jurisdiccional, situado a caballo entre los dos que distingue la filosofía de la ciencia. Se inicia con la actividad probatoria, en la que cada parte opera con referencia a la hipótesis que intenta hacer prevalecer. Con el resultado de esa actividad, el juez evaluará la productividad explicativa de la hipótesis propuesta por la acusación, en concurrencia con las hipótesis alternativas que se le opongan. O, dicho con palabras de Ubertis, aquí "el campo de las alternativas queda definido por las hipótesis reconstructivas que hayan superado la verificación resultante de la comparación con los resultados aportados por las pruebas practicadas"³⁴. Y de esa situación se sale mediante la elección de la propuesta que, por conferir sentido a la mayor cantidad de datos probatorios, se estima dotada de mayor capacidad explicativa.

El contexto de justificación se abre con esa elección y en él deberá demostrarse que la misma cuenta con un fundamento racional. Pues lo que aquí se trata de acreditar argumentativamente es que se ha operado con el necesario rigor formal en la obtención de los datos probatorios y en la articulación de la cadena de inferencias que, a partir de ellos, lleva a tener ciertos hechos por probados.

La indudable utilidad de trasladar el modelo de Reichenbach a nuestro terreno es que contribuye a profundizar en el conocimiento del *modus operandi* judicial, claramente necesitado de reflexión y de análisis. De esta manera, también el propio juez puede ser más consciente de la naturaleza de su propia actividad y ejercer un mayor y mejor control racional del desarrollo de la misma. Por lo demás, es bien claro que los aludidos momentos o contextos del proceder jurisdiccional son

³³ Son la mar de ilustrativos a este respecto algunas afirmaciones -muy citadas- que Conan Doyle pone en boca de Sherlock Holmes, en diálogo con Watson. Así, cuando frente a la trivialización, como vestigio, por el segundo del sombrero que Holmes está observando, éste le sugiere que "lo mire, no como a un sombrero hongo estropeado, sino como a un problema intelectual". Y, más tarde, ante la afirmación de Watson: "No veo nada", la respuesta de su interlocutor: "Pues lo tiene usted todo a la vista, Watson. Pero no acertará usted a razonar por lo que ve. Es usted demasiado tímido para sacar deducciones" (de "La aventura del carbunclo azul", en *Las aventuras de Sherlock Holmes*, Obras completas de Conan Doyle, trad. de A. Lázaro Ros, Ediciones Orbis, Barcelona 1987, vol. II, págs. 121-123).

³⁴ En Prova, cit., pág. 331.

el resultado de una disección analítica del mismo y forman una secuencia lógica y no cronológica. En el modelo ideal se encuentran estrecha y dialécticamente relacionados, de manera que si es cierto que el juez al motivar parte de la decisión, también se trata de que al decidir tenga ya en cuenta la necesidad de motivar razonadamente su opción. Lo ha dicho muy gráficamente Iacoviello: "En realidad los contextos no son inconexos: el juez elige y decide en el ámbito de lo motivable, decide lo que está en condiciones de motivar"³⁵. Aunque es de notar que lo que se este autor expresa en términos asertivos constituye más bien el desideratum a que se orienta el paradigma prescriptivo hoy representado por la disciplina constitucional del proceder jurisdiccional.

LA OBTENCIÓN DE LOS DATOS PROBATORIOS

El juez del enjuiciamiento inicia su trabajo a partir de una hipótesis³⁶, la hipótesis acusatoria, que recibe ya formulada con la pretensión de constituir la explicación del caso. En ella se afirma la conexión causal de un hecho tenido por penalmente relevante con la acción voluntaria de uno o varios sujetos, de la que, por tanto, aquél se predica como resultado. Resultado cuya constatación fue, en su momento, lo que dió ocasión a la investigación que ha precedido a la acusación.

En apoyo de esa afirmación, la acusación señala algunas fuentes de prueba (personas, documentos), a través de cuyo examen como medio (audición del testigo, estudio del documento) persigue el objeto de identificar algún hecho concreto que adquiera para el juez el valor de elemento de prueba. De ser así, cada uno de tales hechos, simples o secundarios, actuará como dato probatorio, al inscribirse entre las premisas que harán posible, en fin, la inferencia del hecho principal, eso que en las sentencias se coloca bajo la rúbrica hechos probados³⁷.

Esto, porque lo que normalmente sucede es que el *thema*

³⁵ F. M. Iacoviello, "I criteri di valutazione della Prova", en M. Bessone y R. Guastini (eds.), La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico, Cedam, Padua, 1995, pág. 396.

³⁶ Como se sabe, la actividad investigadora que es el antecedente de una acusación en el proceso penal, tiene su origen en la producción de un hecho que aparece, al menos en principio, como realización del supuesto de hecho de un precepto penal. El hecho se presenta como resultado de una acción humana prohibida, cuya dinámica y cuyo autor, por lo general, deben ser objeto de averiguación. En el momento inicial de la indagación se cuenta con algunos datos empíricos, normalmente insuficientes. Con y a partir de ellos se trata de avanzar en el conocimiento. Y el primer paso en ese proceso es aventurar un intento de explicación, formular una hipótesis. Esto es, agrupar u ordenar los datos disponibles de una forma coherente, que les confiera un sentido que sirva para orientar la investigación. A través de ésta se producirá la obtención de nuevos datos, que pueden entrar o no en el esquema explicativo de esa hipótesis preliminar. En función de que sea así, se mantendrá, reforzándose o deberá ser replanteada o incluso habrá de desecharse. Cuando el investigador judicial entienda que dispone de una hipótesis suficientemente explicativa y que está en condiciones de sacarla adelante sobre la base de una propuesta probatoria de apoyo, la presentará como efectiva hipótesis acusatoria. Esta forma de operar es la que se conoce como abducción o "razonar hacia atrás", es decir, remontarse desde el efecto conocido hasta su causa. Establecer esta conexión causal exige disponer de algún elemento de generalidad, es decir obtenido por la generalización del resultado de anteriores experiencias. En suma, una máxima de experiencia.

³⁷ Tomo estas categorías en el sentido en que las emplea G. Ubertis. Cfr. Fatto e valore, cit., págs. 103 y siguientes; y, sobre todo, Prova, cit., págs. 307 y 311.

*probandum*³⁸, el hecho principal, el penalmente relevante, que es el que en último término hay que probar, no aparece, él mismo y de una vez, como objeto de un solo medio de prueba. El hecho-base de la acusación suele presentarse procesalmente como hecho complejo, que, por tanto, tiene que ser probado a través de la acreditación de aquéllos más simples en que ha de descomponerse a efectos probatorios. Estos se convierten así en objeto individualizado de los concretos medios de prueba.

Puede darse, como a veces se da, el caso de un hecho muy simple, percibido directamente por un único testigo. En un supuesto de este género la deposición de éste versará directamente sobre el *thema probandum*, que será, él mismo, el objeto de prueba. Objeto directo³⁹ puesto que aquélla recae directamente sobre el objeto principal.

Pero, por lo general, la prueba de la veracidad de lo afirmado por acusación sobre el hecho propiamente dicho, o sea, el que implicaría la realización del tipo penal en función del cual se opera, se plantea de forma indirecta. Es decir, el objeto -de cada uno- de los distintos medios probatorios no es el que se postula como constitutivo del supuesto típico, el hecho principal, sino alguno secundario. Cada uno de éstos, si se considera acreditado, podrá servir, a su vez, como dato probatorio o base de una inferencia del conjunto de las dirigidas a la acreditación ulterior del hecho principal.

En este sentido, cada una de las afirmaciones sobre aspectos o elementos parciales del hecho principal en que es susceptible de descomponerse la acusación, en la medida en que su veracidad debe ser acreditada mediante concretos actos de prueba, constituye un objeto de prueba que como tal ha de ser tratado de forma individualizada, en un primer momento. Es decir, la prueba debe ser abordada como una serie de actos de prueba, practicados de forma relativamente independiente.

Cada uno de estos actos requiere del juez una valoración específica, a su vez dotada de cierta complejidad. Por ejemplo, si se tratase de la identificación de un individuo por otro, será preciso tomar en consideración las particularidades de la constitución de la "rueda", la firmeza de las manifestaciones de este último, la concordancia o no de los rasgos reales de aquél con los que fueron facilitados por el

³⁸ M. Taruffo distingue el "thema probandum, es decir el conjunto de los hechos que es necesario averiguar como fundamento de la decisión", del objeto de la prueba, o sea, el hecho particular que una prueba concreta tiende a demostrar". (En Studi sulla rilevanza della prova, Cedam, Padua, 1970, pág. 35.

³⁹ De prueba directa sólo se puede hablar en el sentido indicado, es decir, para referirse a la que versa inmediatamente sobre el *thema probandum*, pero no en el sentido habitual en la jurisprudencia alusivo a la dotada de una supuesta aptitud para transmitir sin mediaciones datos probatorios de, por tanto, más fácil y fiable aprehensión. Es típico el caso, ya aludido, de la testifical, sobre cuya engañosa facilidad de valoración ha llamado también eficazmente la atención Ferrua ("Contraddittorio e verità", en Studi sul processo penal. II Anamorfosi del processo accusatorio, Giapichelli, Turin, 1992, pág. 52.

segundo en el momento de la denuncia, etc. El resultado de estas comprobaciones previas constituirá la base de la inferencia que permitirá, en su caso, al juez pasar del elemento de prueba, aquí la afirmación positiva del testigo, al resultado de tener o no por producida la identificación.

Ha escrito Ferrajoli que "solo si el tema del juicio consiste en un hecho empírico taxativamente determinado en todos sus elementos constitutivos -la acción, el resultado, la culpabilidad- puede ser objeto de prueba en sentido estricto"⁴⁰. Pues bien, dada esta condición de posibilidad, todos y cada uno de los elementos constitutivos del tema de juicio, para que éste pueda producirse validamente como tal, deberán haber sido tratados efectivamente, con carácter previo, como otros tantos objetos de prueba en un primer estadio necesariamente analítico de ésta. Semejante descomposición reflexiva del thema probandum en tantos sub-temas como fuere necesario es el paso ineludible que precede a una valoración racional de los datos probatorios como conjunto.

Que el juez debe operar analíticamente con el resultado de la actividad probatoria significa que ha de proceder por pasos, es decir atribuyendo a cada medio de prueba únicamente aquél que sea su rendimiento concreto. Así, la conclusión inicial a que permite llegar la afirmación de un testigo presencial -si es que, por su actitud y por el modo como explica haber adquirido la información que transmite, merece credibilidad- es que ha visto lo que dice haber visto. Esta afirmación podrá servir de premisa de una inferencia que permita ir más allá, pero esto, si se produce, ya no será consecuencia estricta de la testifical, sino del resultado de ésta y de otros elementos de juicio que como tales deberán ser tomados.

DE LOS DATOS PROBATORIOS A LOS HECHOS PROBADOS

Salvo en el aludido supuesto, poco corriente, de que, por la simplicidad del caso, el thema probandum resulte ser realmente el objeto de un solo medio de prueba; o sea, que la hipótesis acusatoria pueda entenderse confirmada por un solo elemento de prueba, la actividad probatoria será una actividad compleja. Es decir, el hecho que se trata de probar estará integrado a su vez por una serie de hechos diversos; la hipótesis acusatoria abarcará, así, un conjunto de subhipótesis, cada una dirigida a la explicación de uno de aquéllos.

Naturalmente, el cuadro probatorio ofrecido en apoyo de la hipótesis acusatoria como tal tendrá una lógica interna, que la misma

⁴⁰ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., pág. 129.

parte tratará de hacer prevalecer, como hilo conductor, a lo largo del desarrollo de las diversas actividades de prueba en que aquél se descompone. De este modo, la atomización que inevitablemente implica tal desarrollo secuencial estará sobrevalorada por una prepuesta de visión de conjunto.

También el juez, durante el desarrollo del curso probatorio, opera de manera similar. Formará criterio sobre el rendimiento de cada medio probatorio examinado, pero, al mismo tiempo, integrando estos elementos parciales de juicio en un juicio de conjunto sobre la propia hipótesis de la acusación y en función del comportamiento de ésta en el marco del contradictorio.

Por tanto, puede decirse, la fase probatoria está siempre animada por esa tensión dialéctica entre lo particular y lo general. Y la valoración de la prueba como tal debe entenderse como la integración o mediación racional y consciente de ambos momentos. La valoración de la prueba solo puede ser, pues, valoración del rendimiento de cada medio de prueba en particular y del conjunto de estos. Así, ese momento de valoración conjunta debe serlo del conjunto de los elementos de prueba previamente adquiridos de forma regular y antes ya efectivamente evaluados en su rendimiento específico. Es decir, el momento es de síntesis de lo aportado por una serie articulada de actos individuales de prueba.

Al final, el juez deberá entender que existe prueba de cargo si y solo si la hipótesis de la acusación tiene apoyo en todas las pruebas producidas y soporta ser confrontada con todas las contrapruebas practicadas a instancia de la defensa. Si la hipótesis acusatoria tomada como criterio ordenador y clave de lectura de todos los datos probatorios obtenidos no los integra armónicamente y los dota de sentido, existirá una duda relevante, con todas sus obligadas consecuencias.

Este modo de operar se separa netamente, pues, del representado por la conocida como apreciación conjunta de la prueba en la jurisprudencia tradicional, que venía a significar prácticamente si no la eliminación de esa primera aproximación analítica si su banalización, puesto que la valoración de la prueba se interpretaba como una especie de asunción global del resultado de la misma también globalmente considerada. De esta manera, el lugar de los dos momentos a que se ha hecho referencia aparecía realmente ocupado por una holística impresión de conjunto⁴¹.

⁴¹ Al "barullo y mogollón impresionista, que todavía hoy se empaqueta con la etiqueta de 'valoración conjunta de las pruebas'", se refiere J. Igarua Salaverria, en Valoración de la prueba, motivación y control del proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 188.

Este último modo de proceder tiene un referente teórico en la que se conoce como concepción narrativista⁴², que plantea la decisión en materia de hechos como una elección entre hipótesis o propuestas globales. Una elección entre historias, fundada en el criterio de la "coherencia narrativa" y la calidad persuasiva. En este contexto, no es que el resultado de la actividad probatoria no cuente en absoluto, pero lo hace, como escribe Taruffo, solo en función de la capacidad del mismo "para dar fundamento a una u otra story globalmente considerada, no desde el punto de vista analítico de su relación con los hechos"⁴³. De manera que, mientras el método analítico se funda en el análisis racional de todas y del conjunto de las aportaciones probatorias, con objeto de determinar el valor de veracidad que quepa atribuirles, el holístico atiende más a las particularidades estructurales y el tenor de la narración⁴⁴.

LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS

El asunto de que ahora se trata suele ser abordado mediante la exposición de dos modelos alternativos de valoración de la prueba, que tienen como referente otros tantos modos judiciales de proceder, asimismo contrastantes. El primero, el de la histórica prueba legal o tasada, en el que el valor del resultado de cada medio probatorio está normativamente preestablecido con carácter general y determinación, por tanto, es ajena al criterio del juez. Como ha puesto de relieve Ferrajoli⁴⁵, en este sistema la valoración de la prueba recibe la forma de una (falsa) deducción. En efecto, se opera con la ficción de la existencia de reglas universales de validez probatoria, que, usadas como premisa mayor de un razonamiento, cuya premisa menor sería el concreto medio de prueba, permitirían, supuestamente, atribuir valor de prueba plena a la conclusión así obtenida.

El segundo, surgido a la vista de los aberrantes resultados de las prácticas judiciales fundadas en el anterior⁴⁶, responde esencialmente al dato suficientemente acreditado de que en materia probatoria, es decir, en el tránsito de una proposición singular en materia de hechos a otra del mismo género hay un salto lógico que no puede evitarse por la mediación de ley alguna. Se trata de un rasgo propio de la gnoseología inductiva, presente en el *modus operandi* de adquisición del conocimiento judicial en el proceso. Puesto que, como no podía ser de otro modo,

⁴² De esta concepción, desde la filosofía del derecho, se ha ocupado J. Calvo González en *El discurso de los hechos. Narrativismo en la interpretación operativa*, Tecnos, Madrid, 1993; y también en *Derecho y narración. Materiales para una teoría y crítica narrativista del derecho*, Ariel, Barcelona, 1996.

⁴³ M. Taruffo, *La prova dei fatti giuridici*, cit., págs. 281 y 283.

⁴⁴ A este punto de vista se ha referido J. Igarúa Salaverria, siguiendo a Taruffo, en op. cit., págs. 190-192, con atinadas observaciones críticas.

⁴⁵ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 133 y siguientes.

⁴⁶ Para una crítica de la irracionalidad de las prácticas amparadas en el sistema de la prueba tasada, Cfr. Voltaire, "Comentario sobre el libro De los delitos y de las penas por un abogado de provincias", en apéndice a *De los delitos* cit., pág. 112. Para un documentadísimo y sistemático tratamiento del asunto, véase M. Nobili, *Il principio del libero convincimento del giudice*, Giuffrè, Milán, 1974, págs. 81 y ss.

dado que el juez nunca tiene la posibilidad de percibir directamente el hecho principal, el acceso al conocimiento de éste solo cabe mediante la previa toma de conocimiento de otros datos que asimismo han de ser previamente probados. Es decir, a través de una cadena de inferencias.

El principio rector de este sistema es que en la valoración de la prueba es insustituible el criterio libre del juzgador: libre en el sentido de no susceptible de vinculación legal en su actividad gnoseológica. Ocurre, sin embargo, que ese criterio de libertad en el sentido que acaba de expresarse fue interpretado -por traslación mecánica de la experiencia del jurado inglés- como atribución al juez de la potestad omnimoda de valoración en un espacio vacío de reglas (no solo legales) de estimación⁴⁷.

En efecto, el juez profesional tomó la libre convicción por intíma convicción, con el resultado de considerarse legitimado para actuar como lo haría un jurado popular. El tenor de esta actitud y lo arraigado y difundido de la misma quedan perfectamente de manifiesto en el modo de expresarse sobre el particular un texto muy usado por los profesionales de la justicia de nuestro país, en años todavía recientes. Me refiero a la obra de Sáez Jiménez y López Fernández de Gamboa, en la que se lee: "no hay por qué razonar, y sería procesalmente incorrecto hacerlo, sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador o de los sentenciadores. La ley quiere simplemente que formen un estado de juicio, de conciencia, de opinión y que tal estado se proyecte al resultando de hechos probados"⁴⁸.

Mucho más próxima en el tiempo, y por ello más llamativa, es alguna jurisprudencia de la Sala Segunda, que expresa idéntica actitud cultural, al afirmar que "el principio de libre valoración de la prueba, con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone su apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase, formando su convicción en torno a los problemas fácticos y sin más freno o cortapisa que la de obrar recta e imparcialmente". Pues, "en este orden es patente que el tribunal sentenciador no está obligado a hacer una concreta y expresa referencia a todas y cada una de las pruebas practicadas en la causa"⁴⁹.

Cierto, que una interpretación del principio de la libre convicción atenta a los antecedentes histórico-legislativos de su asunción por el legislador liberal y al propio riguroso tratamiento de la decisión como función de un cuadro probatorio inequívocamente orientado a la adquisición de una verdad suficientemente contrastada en materia de

⁴⁷ De "principio de absoluta libertad de los tribunales en la apreciación de las pruebas del juicio", que "el legislador ha dejado en absoluto a la conciencia del juzgador", habla Aguilera de Paz (Comentarios a la Ley de Enjuiciamiento Criminal, tomo V, Reus, Madrid, 2ª edición, 1924, págs. 557 y 558).

⁴⁸ J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, volumen II, Santillana, Madrid, 1968, pág. 1287.

⁴⁹ Sentencia de 7 de mayo de 1997.

hechos, tendría que haber sido bastante -como lo fue en el caso de algunos autores- para que la libertad en la valoración jurisdiccional hubiera sido inequívocamente entendida como ejercicio de crítica racional, de una racionalidad que no se presume, sino que debe acreditarse. Aunque, claramente, no bastó. Hoy, sin embargo, el precepto contenido en el Art. 120,3º de la Constitución española no deja lugar a dudas. Y a pesar de ello, como es advertible por el valor sintomático de la sentencia citada y de prácticas a las que más tarde se hará referencia, la experiencia judicial en curso sigue aquejando un marcado déficit de racionalidad explícita en la concepción del enjuiciamiento⁵⁰.

Escribió Pagano, en un texto muy citado, que "cualquier prueba es siempre indiciaria"⁵¹, puesto que -dirá en otra de sus obras- en el "análisis criminal" es preciso "valerse de los indicios para llegar a entender un hecho oscuro"⁵². Y hacerlo con un instrumental del que no forma parte regla alguna capaz de validar de forma inequívoca el resultado de ningún medio probatorio. Esto confina el proceso judicial de adquisición de conocimiento en materia de hechos en el ámbito de la inferencia inductiva. En ésta, como se sabe, ni siquiera en el caso de que las premisas sean ciertas y hayan sido tratadas con el exigible rigor lógico-formal, puede afirmarse que lo sea también la conclusión. Porque el contenido informativo de la misma excede del que preexiste en aquéllas; y, además, porque entre éstas no se cuentan leyes generales de validez universal, sino máximas de experiencia, generalizaciones plausibles, fundadas en el *id quod plerumque accidit*, es decir, en lo que habitual (pero no necesariamente) suele suceder en supuestos del mismo género.

La actividad probatoria, como fundada, pues, en la inferencia inductiva, produce conocimiento probable. Llevada a cabo con todo el rigor que cabe exigir, puede hablarse de conocimiento dotado del máximo de probabilidad. Pero conocimiento cuya veracidad no es susceptible de demostración, sino fruto de una prueba.

La garantía de la calidad de ese conocimiento está pues en la propia calidad y rigor con que se haya producido la adquisición de los

⁵⁰ A ello contribuyen opiniones tan cuestionables como la de Ruiz Vadillo ("Hacia una nueva casación penal", Boletín de Información del Ministerio de Justicia, nº 1585, pág. 5685), que no cree "obligado ni necesario" que el juez o el tribunal hagan un examen exhaustivo de la prueba y expliquen el "porqué de la relevancia dada a cada medio, en concreto por qué [se] creyó a dos testigos y [se] dejó de creer a tres o por qué [se] dió más credibilidad a un informe pericial que a otro". Sostiene este punto de vista porque "en un tribunal colegiado (...) no todos sus miembros en su intimidad llegan a la conclusión de culpabilidad y, por tanto, a la credibilidad de una prueba frente a otra por el mismo camino y con idéntico recorrido, y no [sabe] cómo habría de redactarse la sentencia condenatoria en estos casos"; y, asimismo, en que "no parece conveniente ni menos necesario subrayar la incredibilidad de un testigo o de varios de manera expresa. Ni siquiera es fácil explicar por qué se inclinó un juez por uno u otro testimonio". De ahí que estime suficiente que "se deje constancia de los datos de que se ha dispuesto, declaraciones a favor o en contra, pericias en uno y otro sentido, etc., y como a su través, con prueba inequívoca de cargo se llegó a la condena". Porque "lo importante es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados, y de ellos obtener la correspondiente conclusión".

⁵¹ F. Pagano, Principij del codice penale (opera postuma), 1806, pág. 80.

⁵² F. Pagano, Logica de probabili applicata a'giudici criminali, Milán, 1806, pág. 82.

datos que están en la base de las sucesivas inferencias y, asimismo, en el rigor con que éstas se hayan efectuado por quien realiza el enjuiciamiento. Este rigor no puede presumirse y, desde luego, ni la Constitución ni la ley lo hacen. Y tampoco podría asegurarse su obtención de manera mecánica.

Lo más que cabe es predeterminar un marco normativo de exigencias de obligatorio cumplimiento, dirigido a hacer que la actividad intelectual del juicio se desarrolle de la forma más adecuada para garantizar aquella calidad ideal del resultado. Es decir, que esa actividad intelectual esté dotada del máximo posible de racionalidad cognoscitiva. Lo que, en este caso, quiere decir que se ajuste a los patrones de ese carácter que la teoría del conocimiento prescribe para la gnoseología inductiva.

En el marco de ésta, como es sabido, nada se da por supuesto por razón de status ni por razón de carisma del operador. Cualquier afirmación debe contar con el necesario soporte de datos de los que, a su vez, ha de acreditarse que han sido bien adquiridos. Acreditarse de la sola forma que cabe hacerlo: verbalizando la secuencia de pasos inferenciales, con el fin de que cualquier interlocutor eventual del que ha realizado el juicio pueda entender cómo se ha producido éste y el porqué de la decisión final sobre el objeto del mismo.

Así las cosas, no puede haber duda, motivar un enjuiciamiento en materia de hechos es, como ha escrito Ferrajoli⁵³, justificar una inducción. Pues del modo como ésta (aquí la inducción judicial a través de la actividad probatoria) se haya desarrollado, dependerá la calidad del resultado, es decir, de la convicción: que tendrá que ser de certeza práctica para que, como conclusión, pueda establecerse que determinadas afirmaciones de hechos han sido probadas.

A este respecto, conviene recordar que la inducción judicial opera por la atribución de aptitud convictiva al resultado del empleo de determinados medios de prueba. De donde motivar en esta materia de hechos significa, con Taruffo, "explicitar, bajo la forma de argumentación justificativa, el razonamiento que permite conferir una determinada eficacia a cada medio de prueba, y que sobre esta base funda la opción a favor de la hipótesis sobre el hecho que en las pruebas disponibles halla un grado más alto de confirmación lógica"⁵⁴.

De este modo, se trata de hacer explícitas las razones de un

⁵³ L. Ferrajoli, *Derecho y razón*, cit., págs. 140 y 144, entre otras.

⁵⁴ En la prova, cit., pág. 409.

juicio⁵⁵. No, por tanto, solo el resultado de éste; y tampoco solo esa conclusión acompañada de la mera indicación pro forma de los medios de prueba puestos en juego. Lo que ha de verterse al exterior es, pues, una articulada justificación del enjuiciamiento que, en el caso, ha lleva a la concreta decisión. Algo que no consiste en exteriorizar un proceso mental, sino en reconstruir para uso de terceros los pasos de un razonamiento complejo, dejando constancia expresa, de nuevo con Taruffo, "de los datos empíricos asumidos como elementos de prueba, de las inferencias realizadas a partir de ellos, y de los criterios empleados para llegar a las conclusiones probatorias; asimismo la motivación debe dar cuenta de los criterios con los que se justifica la valoración conjunta y global de los diversos elementos de prueba, y de las razones en que se apoya la opción final en orden al fundamento de la hipótesis sobre el hecho"⁵⁶.

Es decir, en contra de lo postulado por alguna jurisprudencia citada y de lo expuesto por Ruiz Vadillo, no basta con la simple enumeración de los medios de prueba asociada a la tajante afirmación de determinados hechos como probados. Eso, realmente, no garantiza nada o muy poco en tema de calidad del discurso decisonal. Es más, con propuesta de motivación tan débil, se priva a esta obligación constitucional de su efecto más eficaz como garantía, que consiste en que la conciencia del correspondiente deber preactúe ya en el contexto de la decisión provocando la expulsión del mismo de aquellos elementos de convicción que no sean susceptibles de justificación y verbalización.

En esa suerte de banalización de la motivación como exigencia es inevitable advertir la supervivencia de una concepción paleopositivista del derecho y de la jurisdicción, en la que prevalece una idea de ésta tributaria del sistema silogístico, que propicia el desentendimiento del proceso de elaboración de la premisa menor. Pero lo cierto es que ésta dimensión central del juicio se resuelve en una elección entre hipótesis. Por eso, si se quiere evitar el ejercicio arbitrario del poder judicial (que no es otro que el que se actualiza en el acto jurisdiccional), no cabe otra posibilidad que mantener alta la exigencia de justificación de las decisiones, esto es, de la exposición clara y suficiente de las razones de la elección efectuada por el juez en el supuesto concreto.

Lo que está en juego en el campo de la motivación, y en particular, de la motivación de la decisión en tema de hechos es mucho más que una cuestión de grado -de más o menos- en la calidad de las

⁵⁵ Para P. Comanducci, "la motivación en hecho es un proceso argumentativo consistente en aducir razones en favor de la conclusión siguiente: es verdadera, probable, verosímil o atendible, una asección, o más específicamente el conjunto de asecciones que dan cuenta del presunto desarrollo de los hechos objeto de juicio". ("La motivazione in fatto", en G. Ubertis (ed.), *La conoscenza del fatto nel processo penale*, Giuffrè, Milán, 1992, pág. 224.

⁵⁶ Ibidem, pág. 409.

resoluciones, es el ser o no ser racional del ejercicio de la jurisdicción, el ser o no ser de la jurisdicción misma. Porque, como ha escrito Marina Gascón: "La racionalidad jurídica se expresa o desenvuelve a través de una labor de justificación o motivación de las decisiones que hoy tiende a verse no ya como una exigencia técnica, sino como el fundamento mismo de la legitimidad de los jueces"⁵⁷.

LA EXPRESIÓN DE LA MOTIVACIÓN EN MATERIA DE HECHOS EN LA SENTENCIA

Así, pues, ninguna duda acerca de que el deber de motivar no solo se extiende a los hechos, sino que es, antes que nada, justificación de la decisión sobre éstos, como núcleo que son de la sentencia y territorio de la misma en el que el juez se mueve con más libertad. Y, por ende, con más riesgo de error para los afectados.

La Ley Orgánica del Poder Judicial, Art. 248,3º, prevé que las sentencias cuenten con un apartado de "antecedentes de hecho". No introduce ninguna precisión acerca de su contenido, pero es claro que ha de ser fáctico y que no puede confundirse con el de los "hechos probados", de los que el propio texto legal los distingue claramente. Además, tampoco es discutible que los "antecedentes de hecho", en la perspectiva del discurso motivador, se sitúan en un momento lógico-genético anterior al representado por los "hechos probados". Y parece obvio que deben decir algo que ayude a entender por qué estos han recibido semejante consideración.

Desde luego, si hay algo que no guarda ninguna relación con lo denotado por la expresión legal "antecedentes de hecho" es lo que -en la práctica generalizada de los juzgados de lo penal y de los tribunales- suele colocarse bajo la misma. En efecto, la sentencia estándar⁵⁸ presenta como tales la escueta referencia a algunas vicisitudes procesales, de ningún valor en la economía de la justificación de la decisión; a la que se une la expresión de la calificación de la acusación y la defensa; curiosamente, limitada a sus aspectos exclusivamente jurídicos. Por tanto, ni la menor alusión a algo que pudiera merecer la consideración de fáctico.

Así las cosas, si los "antecedentes de hecho" no pueden confundirse con los "hechos probados" y, al mismo tiempo, han de representar un momento en el iter que conduce al establecimiento de éstos como tales, no pueden tener otro contenido que el de lo que podría llamarse antecedentes probatorios. En ellos se tratará, pues, de dejar

⁵⁷ M. Gascón Abellán, *La técnica del precedente y la argumentación racional*, Tecnos, Madrid, 1993, pág. 33.

⁵⁸ Esta afirmación se funda en el examen de una muestra de más de cien sentencias recientes de juzgados de lo penal y tribunales de Madrid, Barcelona, Valencia y Baleares. En ninguna de ellas los llamados "antecedentes de hecho" tenía el más mínimo contenido fáctico.

constancia de las fuentes de prueba señaladas por las partes para su examen y examinadas en el juicio; de si por medio de ese examen se han obtenido elementos de prueba susceptibles de ser valorados como datos probatorios, expresando cuáles. Se describirá, en síntesis, pero de forma suficientemente expresiva, los términos en que se ha producido la contradicción en el ámbito de la prueba, y su resultado.

Es un plano de la sentencia que -desde el punto de vista expositivo- es previo a la motivación propiamente dicha en materia de hechos. Cabe afirmar que es el momento de presentación del sustrato empírico de la decisión sobre el thema probandum, mediante la exposición con el necesario detalle de las vicisitudes de la actividad probatoria⁵⁹.

Es obvio, conviene insistir, que, por lo que se refiere al proceso discursivo de elaboración de la resolución, solo puede hablarse de momentos en sentido lógico y no cronológico.

Por tanto, la exposición secuencial de éstos que impone la ley⁶⁰ no pretende reflejar el modo real de operar el juez en la formación de la convicción que es el contenido de la sentencia, sino dotar a ésta de una morfología que favorezca la comprensión del destinatario inmediato y, en general, del lector.

Y, a la vez, que, el juez, sabiéndose ya ex ante obligado a verbalizar después las razones de su decisión, el qué y el cómo de la misma, ordenadamente y por planos, se mueva en el proceso decisonal en el ámbito de lo racional y lo racionalmente explicable y actúe con el máximo grado de autoconciencia y control sobre las verdaderas razones de la propia actividad decisoria.

Así, los "antecedentes procesales" tendrán como contenido la exposición de cómo el juez ha visto la actividad probatoria y su resultado. Siendo en un momento posterior, dentro del contexto de justificación, es decir, en la motivación y en un apartado específico de motivación

⁵⁹En una de las sentencias tomadas en consideración en esa muestra informal a la que me he referido, al hablar del desarrollo de la prueba, puede leerse: "Nos remitimos al acta, en aras de la brevedad...". Pues bien, lo que reclama la ley, y, antes aún, la calidad de motivación y la autosuficiencia expresiva de la sentencia, es justo todo lo contrario. En efecto, no es posible formar criterio sobre el proceso decisonal si no se tiene conocimiento de los datos tomados en consideración o excluidos y del porqué de cada supuesto. Y no basta con que esos datos puedan (deban) estar contenidos en el acta si se ignora el tratamiento de que han sido objeto en el contexto de decisión. No es que la sentencia tenga que incorporar mecánicamente el contenido del acta. Pero sí debe contener, en síntesis suficientemente informativa, los términos concretos de la contradicción en el desarrollo de la actividad probatoria. Algo, en general, nada difícil de hacer en la práctica, y sin lo que la sentencia padecerá una laguna que la hará difícilmente comprensible, desde luego, para terceros ajenos a la causa, pero seguramente también para los propios implicados en ésta.

⁶⁰La forma como se expresa el precepto de referencia, que solo distingue "antecedentes de hecho"- "hechos probados"- "fundamentos de derecho", parece sugerir que la (constitucionalmente obligada) justificación o motivación de la valoración de la prueba debería incluirse dentro del primer apartado. Sin embargo, nada impide su inclusión en un área más específica de motivación, en el que, según el modelo que aquí se propone, habría que distinguir la relativa a los hechos y los fundamentos de derecho. Esta opción parece técnicamente más fundada, si se tiene en cuenta que la motivación fáctica puede tener también, en ocasiones, una consistente dimensión jurídica.

de la valoración de la prueba, donde deberá explicar razonadamente el porqué del rendimiento atribuido a cada medio de prueba, del valor dado o negado a determinados datos, de cómo ciertos de éstos conducen a otros; ilustrando también acerca de las máximas de experiencia de que se ha servido con esa finalidad y, en fin, sobre la razón, en su caso, de haber atribuido relevancia probatoria a elementos de juicio procedentes de la fase de investigación. En definitiva, el juez deberá explicar sencilla pero suficientemente por qué llega a la conclusión de tener por acreditada o no una determinada hipótesis explicativa en materia de hechos.

Conviene recordar que la prueba como tal no existe en la realidad procesal y, por ello, no es susceptible de percepción directa.

La prueba es un producto sintético de elaboración judicial, a partir de un material complejo y contradictorio. Y es ese proceso de elaboración el que el juez debe explicar. Eso y no otra cosa es la motivación en materia de hechos, que está objetivamente reñida con el viejo recurso de la "valoración conjunta de la prueba", antes aludida y frecuente manera de escapar a lo que es ahora deber constitucional⁶¹.

El resultado de la actividad probatoria ha de evaluarse en conjunto, es obvio, pero solo después de que haya sido objeto de una previa valoración analítica de cada uno de los segmentos que lo integran. Lo que no resulta aceptable es que pueda hablarse de síntesis donde no ha precedido un análisis explícito del material probatorio.

SENTENCIA ESTÁNDAR Y MODELO QUE SE PROPONE

Lo primero que hay que afirmar en el momento de hablar de la sentencia media actual producto de nuestros juzgados y tribunales en materia penal, es que, comparada con la de hace no demasiados años, ha experimentado un cambio sensible en materia de análisis de la prueba y motivación de la decisión en tema de hechos.

Las resoluciones que hoy se emiten, con frecuencia, incluyen

⁶¹ Hay un caso, documentado en la jurisprudencia disciplinaria del Consejo General del Poder Judicial, que ilustra muy bien sobre la verdadera naturaleza de un uso muy habitual de la "apreciación conjunta de la prueba". Me refiero al conocido en su día como caso D' Artagnan, suscitado por la imputación -a partir de unas notas anónimas- al entonces juez de primera instancia de Puerto del Rosario del hecho de haber realizado una actuación judicial vestido de mosquetero. El juez fue sancionado por la Sala de Gobierno del Tribunal Superior de Justicia de Las Palmas y recurrió al Consejo. El ponente designado presentó al pleno de éste una propuesta de estimación del recurso, basada en un análisis pormenorizado y rigurosísimo, que recorría paso a paso el material probatorio, poniendo de manifiesto su llamativa inconsistencia. El pleno del Consejo rechazó, no obstante, la propuesta y acordó el nombramiento de un nuevo ponente. Luego se resolvió el recurso mediante una decisión en la que el lugar del análisis de la prueba lo ocupaba el siguiente párrafo: "del estudio y valoración de todas las pruebas practicadas, dentro de un proceso mental razonado y acorde con el criterio racional y lógico, se llega a la conclusión de que los hechos, que son el fundamento de todo el razonamiento de dicha resolución han quedado completamente acreditados..." (!?). Naturalmente, la Sala Tercera del Tribunal Supremo revocó esa decisión, por entender que la actividad probatoria carecía de aptitud para destruir la presunción de inocencia del expedientado.

referencias explícitas al respecto y, en ese sentido, cuando así sucede, expresan un evidente grado de conciencia del deber constitucional de que se trata.

Ahora bien, ese esfuerzo motivador suele operar en un cierto vacío porque las sentencias, por lo general, ya se ha dicho, no contienen en absoluto⁶² o no contienen suficientes referencias al desarrollo de la actividad probatoria y al rendimiento de cada medio de prueba, y, si lo hacen, es de una forma parcial y asistemática.

Es decir, las más de las veces en ellas se opera per saltum para justificar unas conclusiones cuyos antecedentes no se explicitan.

Por otra parte, el método de exposición de ese discurso motivador insuficiente suele ser un tanto caótico, ya que habitualmente aparece integrado y formando parte de los fundamentos de derecho, dificultando la comprensión e incluso la lectura.

Al mismo tiempo, no son infrecuentes las sentencias que incluyen todo un discurso formal y solemne -de ordenador- con abundante aparato jurisprudencial sobre la importancia de la motivación, que luego, de hecho, viene a ocupar el lugar de ésta, prácticamente ausente.

A lo anterior hay que añadir que en la redacción de las resoluciones sigue aflorando el paradigma del "considerando", la técnica de la phrase unique, con períodos larguísimos que hacen difícil no solo la lectura, sino, antes, la redacción.

Esto es todavía más perceptible en los relatos de hechos probados, a veces modelo de ambigüedad y confusión, con un hipérbaton excesivo, sobreabundancia de incisos, oraciones subordinadas de relativo y frases parentéticas que obstaculizan la comprensión⁶³. (E, insisto,

⁶² Vale la pena traer aquí noticia de las vicisitudes experimentadas por una sentencia de la Audiencia de Cáceres, que ilustran muy bien acerca de los obstáculos que la constitucional exigencia de motivación de las sentencias ha encontrado en la práctica. Se trata de la de 25 de febrero de 1988, que condenaba al acusado con la sola afirmación de que "los hechos que se declaran probados constituyen el delito de desacato". Recurrida, fue casada por la de la Sala Segunda de 6 de julio de 1990, en cuyos hechos probados se lee: "discutiendo ambos [denunciante y denunciado] sin que aparezca definitivamente esclarecido el tenor literal de las palabras que el procesado dirigió a...". Sobre esta base, en los fundamentos jurídicos, se afirma escuetamente que "los hechos que se declaran probados no constituyen el delito de desacato...". Nuevo recurso, ahora del fiscal, y nueva sentencia del Supremo, la de 25 de enero de 1993, volviendo a casar por idéntico defecto de motivación. Y, en fin, una última sentencia de la Audiencia de Cáceres. Esta vez, también absolutoria, tras de que la sala hubiera "procedido a nuevas, profundas y meditadas deliberaciones (...) a un nuevo análisis de la prueba y a valorar de nuevo las declaraciones...". Aparte de lo que hubiera podido haber de malestar en la reacción absolutoria de la Audiencia de Cáceres a la primera anulación por el Supremo, lo que salta a la vista es que resulta bastante más fácil condenar sin motivación que motivando razonadamente la prueba en que se funda la condena. Precisamente, el plus de dificultad en el ejercicio de la jurisdicción que se deriva del imperativo del Art. 120,3º CE, es un aspecto esencial de la significación garantista del deber de motivar.

⁶³No pocas veces, además y lamentablemente, los hechos probados son transcripción mecánica de los del escrito de acusación, a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio.

antes, la redacción). También es habitual el exceso de gerundios y la ausencia o el déficit de puntuación mayor⁶⁴.

Un caso paradigmático de lo que nunca debería ser una exposición de hechos probados es el recurrente en los supuestos de accidentes de tráfico con la intervención de diversos sujetos y vehículos. Aquí los hechos suelen presentarse de manera que la introducción en la escena de cada uno de los protagonistas va acompañada de la inserción de todos sus datos de edad, identidad, antecedentes, y de los del vehículo, seguro incluido, mediante una secuencia de oraciones subordinadas, con el resultado de hacer relato verdaderamente ilegible⁶⁵.

A partir de las consideraciones que se han ido desggranando, y como conclusión, diré que, a mi juicio, la sentencia penal debería articularse en los siguientes apartados, después del encabezamiento:

- Antecedentes procesales
- Hechos probados
- Motivación
 - a) Sobre los hechos
 - b) Fundamentos de derecho

Los antecedentes procesales corresponden a lo que la ley describe como "antecedentes de hecho". Creo que calificarlos de

⁶⁴ Vale la pena traer a colación alguno de estos textos, todos recientes, que no han tenido que ser buscado, precisamente, con lupa. "Probado y así se declara que: Sobre las 23 horas del día (...), los acusados (...), ambos mayores de edad y sin antecedentes penales, en compañía de otra persona a la que no se refiere la presente resolución, contactaron con el joven (...) que se sentó junto a ellos en un banco, al que vendieron una cierta cantidad de hachís por un precio de mil pesetas, siendo detenidos por una patrulla policial que había observado la transacción, ocupándose en su poder 1,1 grs. de hachís". "Probado así se declara que en fecha no precisada de (...) el acusado (...), mayor de edad y sin antecedentes penales, compró un vehículo Volkswagen modelo 1300, matriculado (...), posteriormente averiguado, por lo que finalmente adquirió en Holanda un modelo más antiguo, 1303, que trasladó a España sin que llegara a concluir los trámites de su importación por lo que trasladó él personalmente, o bien por medio de otro las matrículas de aquél a éste, tras pasando también el número de bastidor, circulando con éste que puso a nombre de su esposa, hasta que lo vendió a (...) el (...), quien casualmente descubrió la irregularidad, rescindiendo el contrato y poniendo los hechos en conocimiento de la Jefatura Provincial de Tráfico". "El día (...) encontrándose en el bar (...) de (...) el procesado A, mayor de edad y ejecutoriamente condenado en sentencia de fecha (...) por delito de homicidio a la pena de 12 años y 1 día de reclusión menor, coincidió con B, de quien le separaban ciertas desavenencias por razones familiares y al salir a colación esta circunstancia e iniciarse una discusión entre ellos, de común acuerdo decidieron una pelea, a cuyo fin se trasladaron al paraje denominado (...) y sobre las 17 horas se enzarzaron en mutua agresión, consiguiendo separarlos C, quien pasaba por el lugar, y cuando B se disponía a coger el vehículo con el que se había trasladado hasta el punto donde se inició la reyerta, el acusado A lanzó contra él una piedra, cuyas características se desconocen por no haberse localizado, llegando a alcanzarle y derribarle al suelo, abalanzándose sobre B, quien sufrió heridas que precisaron de una primera asistencia médica, sin requerir ulterior tratamiento médico o quirúrgico y de las que tardó en curar (...) días, durante los que estuvo incapacitado para sus ocupaciones habituales, sanando sin secuelas".

⁶⁵ Lo más curioso es que este modo de proceder no es predicable solo de jueces de edad madura, impregnados de la cultura de los "resultandos" y "considerandos", sino también y con carácter prácticamente general, de profesionales de las promociones más recientes. Lo que ilustra con bastante elocuencia acerca del tipo de formación recibida. Creo que habría que preguntarse a qué puede obedecer el hecho de que quienes practican esa suerte de literatura judicial manifesten semejante proclividad a escribir de espaldas a los usos literarios vigentes. Incluso a protagonizar, a veces, supuestos de verdadera esquizofrenia, en los que el mismo sujeto escribe de forma diversa según el texto sea o no judicial. Algo que se manifiesta ya en cosas tan obvias como la expresión de mal gusto que supone autoatribuirse un tratamiento protocolario, cuando, como en las sentencias, se habla en primera persona; lo que probablemente ningún juez haría en cualquier escrito privado. No puedo dejar de recordar aquí al magistrado Antonio Carretero, que, a propósito de ese uso, decía divertido: "Yo también me tuteo en las sentencias".

procesales produce el efecto de acomodar mejor el nombre al contenido que, relativo a los presupuestos probatorios de los hechos, con frecuencia deberá contener vicisitudes producidas en ámbitos institucionales: el policial-preprocesal o el del proceso propiamente dicho⁶⁶. Por otra parte, todos los elementos de hecho y de derecho, potenciales integrantes de su contenido, son materia producida en el juicio o, en todo caso, objeto de tratamiento dentro del mismo y, por eso, procesal.

Como he dicho, aquí debería hacerse expresión -de forma sintética pero lo bastante expresiva- del modo en que se ha producido la contradicción en lo tocante a la prueba. La redacción de este apartado debe estar presidida por un esfuerzo descriptivo de lo aportado por cada medio de prueba. Dejando también constancia de los datos o elementos de juicio procedentes de la fase anterior del proceso que se consideren susceptibles de valoración. Naturalmente, es asimismo el espacio adecuado para transcribir el contenido de las calificaciones definitivas de la acusación y de la defensa⁶⁷.

En la redacción de los hechos probados habrá de prevalecer idéntico rigor descriptivo, con traducción inmediata en el plano del lenguaje y, muy en particular, de la sintaxis⁶⁸. Deberá optarse por la frase breve y el orden y la gradualidad en la introducción de los datos en función de la propia dinámica y la economía de la acción que tiene que describirse; todo de la manera que mejor favorezca la comprensión de lo sucedido. Así, tendrán que aparecer claros, en primer plano, los datos precisos para ilustrar sobre el desarrollo de lo acontecido; desplazándose a un momento posterior la incorporación del resto de las informaciones de relevancia de carácter complementario o de

⁶⁶ Un caso paradigmático al respecto es el del proceso en el que el elemento de prueba central hubiera sido obtenido con grave quebrantamiento de un derecho fundamental, de manera que resulte un auténtico vacío probatorio. Cuando esto suceda, la sentencia no podrá contener hechos probados, puesto que los datos probatorios adquiridos de aquella forma no habrán podido ser valorados. En semejante supuesto, lo correcto será dejar constancia en el área de los antecedentes procesales de las vicisitudes determinantes de la nulidad, tal y como se han visto en el juicio. Vicisitudes que, obviamente, no deberían disfrazarse de hechos probados. Al operar de este modo, no se violenta la realidad procesal y, además, se ofrecen a la instancia conocedora de un eventual recurso todos los datos necesarios para tomar conocimiento de la decisión impugnada, al objeto de confirmarla o revocarla. Este criterio, que implica una relectura del Art. 851,1º en relación con el Art. 142,2º de la Ley de E. Criminal aparece acogido en la innovadora sentencia de 17 de noviembre de 1996 (ponencia de Bacigalupo), en la que se lee: "Si ninguna prueba de las producidas por la acusación puede ser valorada, es evidente que no es posible establecer, ni siquiera de manera hipotética, hechos probados. Consecuentemente, el Art. 851,2º de la L. Crim. así como el Art. 142,2º de la misma ley, no son aplicables a los casos en los que el Tribunal de instancia estima que todas las pruebas producidas en el proceso no pueden ser valoradas como tales por razón de lo dispuesto en el Art. 11 LOPJ". Este criterio viene, además, a poner de manifiesto, todavía con más claridad, que los antecedentes que he llamado procesales constituyen un espacio con un papel particularmente relevante en la economía de la sentencia, que no tiene nada que ver con el mero ritual que habitualmente se le atribuye en una práctica generalizada.

⁶⁷ Por cierto que la Ley de E. Criminal (Art. 142,3º) exige la constancia en la sentencia de "las conclusiones definitivas de la acusación y de la defensa", lo que, en puridad, exigiría la incorporación a aquélla también de los correspondientes relatos de hechos, con frecuencia de necesario conocimiento para una correcta inteligencia de la decisión judicial y, antes, para de los términos reales del contradictorio.

⁶⁸ Sobre este y otros particulares del lenguaje judicial, cfr. J. Bayo Delgado, "La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial", en *Revista de Lengua i dret*, nº 25, julio de 1996, en particular págs. 62 y ss. De especial interés son las observaciones del autor sobre el uso (abuso) del gerundio en las resoluciones judiciales como factor de imprecisión, debido a "su condición de forma no personal del verbo, que por tanto no designa por sí mismo su sujeto".

relevancia formal, como las referencias al seguro del auto, o a los antecedentes penales.

Sería asimismo deseable aligerar el relato de elementos innecesarios. Por ejemplo, si en el encabezamiento se ha consignado la fecha de nacimiento del acusado, no hay por qué volver a referirse a su edad, salvo que este dato sea relevante en concreto, por ejemplo, a efectos atenuatorios. Si no concurren antecedentes penales, sobra cualquier mención al respecto. Y, de manera muy especial, tendría que evitarse la inserción de esa frase intolerable por gratuitamente sobreestigmatizadora: "Con antecedentes penales no computables", que suele arrastrarse mecánicamente de los escritos de acusación⁶⁹.

Partiendo de la previa información sobre las vicisitudes de la prueba, la Motivación sobre los hechos abre el espacio en el que se debe dejar constancia crítica razonada: de la eventual ilicitud de un medio de prueba y del porqué de tal consideración; del rendimiento atribuido a cada medio probatorio y de la razón de haberlo hecho así; del porqué de la inferencia de un cierto dato a partir de otro u otros y de la máxima de experiencia que permite dar ese salto. Y, tras la exposición sintética, la justificación de la necesaria síntesis. El sentido de este apartado se encuentra recogido con bastante claridad en el Art. 192,1º del vigente Código procesal penal italiano: "El juez valora la prueba dando cuenta en la motivación de los resultados obtenidos y de los criterios adoptados".

Los Fundamentos de derecho propiamente dichos, por lo general, no suelen suscitar graves dificultades. Constituyen la parte de la sentencia para cuya elaboración la cultura jurídica recibida brinda al juez más y mejores recursos. Con todo, sí cabe apuntar que sería bueno despejar las resoluciones de innecesaria erudición de disco duro, de lujosas citas jurisprudenciales que, muchas veces, nada aportan, y reservar el correspondiente esfuerzo para cuando verdaderamente lo exija el guión porque se haya planteado un auténtico problema de interpretación o de subsunción, desplazando en los demás supuestos ese esfuerzo a la elaboración de los "antecedentes de hecho" donde, por lo general, será más productivo.

⁶⁹ Otra muletilla habitual, al menos en la Fiscalía de Madrid, y que asimismo se filtra en los relatos de hechos probados es la increíble afirmación de que el acusado llevaba la droga "en disposición de donación y venta" (sic). También la literatura del ministerio público, con la mayor frecuencia lamentable exponente del peor lenguaje burocrático, está necesitada de una profunda consideración crítica.

LA ARGUMENTACION PROBATORIA Y SU EXPRESION EN LA SENTENCIA

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

INTRODUCCIÓN

Ejercer jurisdicción es decir imparcialmente el derecho en una situación controvertida o de conflicto. Por tanto, con referencia a un estado de cosas que se presenta al juez como problemático para que decida sobre él.

Así entendido, el concepto de jurisdicción resulta aplicable al tratamiento judicial de cualquier litigio, en el que, por lo regular, unos sujetos tendrán pretensiones relativas a algún objeto o bien jurídico, en general, recíprocamente excluyentes, y cada uno de ellos reclamará para la propia la declaración de ser conforme a derecho con el reconocimiento de determinados efectos que le convienen.

En este sentido la experiencia jurisdiccional puede tomarse como un fenómeno unitario, que opera como instrumento legal de averiguación o determinación de hechos controvertidos, connotados por el dato de ser jurídicamente relevantes, para resolver sobre ellos conforme a derecho. Afirmación ésta que vierte ya directamente sobre el fenómeno probatorio, que es el que aquí concretamente interesa.

Jurisdicción implica proceso como secuencia de actividades normalizadas y, entre éstas, en todos los casos, las que tienen por fin acreditar que un cierto hecho ha tenido o no existencia real.

Esa inexcusable referencia a estados de cosas con existencia histórica, presentes en las afirmaciones de las partes implicadas y, también, en las del juez que ponen fin al proceso, conecta intensamente a éste con una categoría conceptual de suma relevancia en la materia que nos ocupa: la de verdad. Tanto que, no sólo para el procesalista, sino, antes aún, en el sentido común del común de los ciudadanos, la misma idea de decisión justa se encuentra estrechamente asociada a la fijación veraz de los hechos, por procedimientos y conforme a criterios que se considera generalmente válidos a ese efecto.

El concepto de verdad procesal ha producido abundante literatura y algunos tópicos, entre ellos el que se cifra en la distinción de dos calidades de la misma, “formal” y “material”, en función del tipo de proceso (en particular, penal y civil) y en atención a la naturaleza pública o privada de los intereses en juego. Pero lo cierto es que

administrar justicia sólo puede ser gestionar con criterios racionales problemas del mundo real y difícilmente podría sostenerse (y menos aceptarse) hoy una forma de ejercerla que discurriera por sistema de espaldas al dato empírico.

De este modo, no cabe duda que la calidad de verdad que puede producir, en general, el proceso, tiene en todo caso una dimensión inevitablemente formal, en la medida en que su búsqueda está sujeta a limitaciones procedimentales de diverso tipo y debe darse por concluida en algún momento legalmente prefijado. Pero esto no implica que se haya optado por designar, convencionalmente y a cualquier precio, como verdad a lo que salga como tal de un proceso y por esto sólo. Se opera, como presupuesto, con la evidencia empírica de que –incluso con las limitaciones aludidas, dadas en garantía de determinados valores o derechos– el proceso tal como hoy idealmente se le concibe, a través de la actividad probatoria, permite acceder a un grado aceptable de certeza práctica sobre los hechos que sirven de base a la decisión judicial.

Una de las limitaciones que concurren a caracterizar el tipo de verdad fáctica que se persigue en el proceso, viene dada por la circunstancia de que éste sólo debe versar sobre hechos que sean relevantes para el derecho. Lo que implica el establecimiento de un previo criterio de selección, que afecta tanto al tipo de cuestiones susceptibles de ser tratadas procesalmente como a la clase de datos de posible aportación relativos a éstas.

Pero, dentro de estos límites y de las limitaciones probatorias antes aludidas, el sistema se orienta básicamente a hacer coincidir la realidad procesal con la realidad empírica. A esta finalidad responde de manera sustancial la vigencia del principio de contradicción, que, en contra de lo que parece convencionalmente sugerirse, implica bastante más que un cuadro de reglas de juego, puesto que, en realidad, instaura un método, el más acreditado, de averiguación de la verdad. A él se refiere expresivamente la sentencia popular: “de la discusión sale la luz”. Que tiene un equivalente en la afirmación del procesal-penalista Pagano: “la verdad es como la luz que salta por la percusión de dos cuerpos”.

Esta dimensión de método es determinante, en el sentido de que el desconocimiento de sus exigencias, sea por obra del legislador o de la actitud del juez, reduce o excluye en la misma medida la aptitud del proceso como medio para alcanzar una verdad en materia de hechos digna de ese nombre.

LOS HECHOS EN EL PROCESO

Bertrand Russell, al comienzo de una de sus obras que versa sobre cuestiones de verdad y significado, señalaba que la primera dificultad que presentan algunos problemas es que, a quienes tienen que afrontarlos, les falta la conciencia de que existan realmente como tales. Pues bien, algo parecido podría decirse al abordar una cuestión de apariencia pacífica como la que ahora va a ocuparnos, la *quaestio facti* en el proceso. Generalmente, no ha sido percibida como problemática, o, al menos, como problemática de sus verdaderos problemas, ante los que la cultura jurídica convencional ha permanecido francamente indiferente. Podría haber complejidades probatorias en un proceso concreto, pero se ha dado por sentado que el juez dispone de instrumentos conceptuales idóneos y del bagaje cultural preciso para operar con eficacia en ese campo, lo que no es del todo cierto.

Se trata de una actitud que no es reprochable a los jueces a título de indiferencia o desinterés. El asunto tiene raíces más profundas, que dan al tema bastante mayor alcance, y es que la aproximación ingenua o desproblematizadora al mundo de los hechos en la experiencia jurídica es consecuencia directa de la (de)formación de los jueces y de los juristas en la cultura del positivismo jurídico. Esta, como bien se sabe, prescinde, en general, del tratamiento de la *quaestio facti* en el ámbito teórico de la aplicación del derecho y sintetiza el papel del juez al respecto en el viejo brocardo *da mihi factum dabo tibi ius*; que tiene, a su vez, una proyección específica en el ámbito del derecho probatorio, en la consideración de ciertos medios de prueba como directos, esto es, dotados de una aptitud especial para poner fácilmente al juzgador en contacto inmediato, es decir, sin mediaciones, con los hechos concebidos como entidades dotadas de existencia objetiva en el plano de la realidad extraprocesal.

Pero los hechos no ingresan en el proceso como entidades naturales, como porciones de pura realidad en bruto. La aptitud de los datos empíricos para integrar la cuestión fáctica, el *thema probandum* de un eventual proceso se debe a la razón (artificial) de que interesan, es decir, son relevantes, para el derecho; que, por eso, los ha preseleccionado en abstracto como integrantes del supuesto de hecho de alguna norma, asociando a ellos consecuencias jurídicas para el caso de que llegaran a producirse en concreto. Es lo que, a su vez, determina que pueda nacer en alguien el interés por afirmar y probar su existencia o su inexistencia. De esta manera y por esta vía es como los hechos pueden llegar a adquirir estatuto procesal, es decir, al ser contenido de ciertos enunciados, como materia semántica y, siempre, porque se les tiene por jurídicamente relevantes.

Cuando los hechos adquieren relevancia procesal ya no existen como tales, pertenecen al pasado. Pero si hubieran tenido existencia real, si hubieran llegado a producirse realmente, quedará de ellos alguna representación, rastros, huellas, en personas o cosas. Por eso, no son constatables y únicamente pueden inferirse probatoriamente a partir de lo que de ellos pudiera permanecer.

En consecuencia no es de hechos en sentido ontológico, sino de enunciados sobre hechos de lo que se trata en el proceso. Y, así, los valores de verdad o falsedad sólo pueden predicarse de las correspondientes aserciones. Los hechos como tales no son verdaderos ni falsos, habrán o no tenido existencia real y en función de ello, las relativas afirmaciones guardarán o no una relación de correspondencia con la realidad. En el proceso, el que pretende lo hace a partir de una afirmación de contenido fáctico que presenta como cierta y susceptible de acreditarse como tal, y a la que atribuye aptitud para ser subsumida en una previsión legal, de donde se derivará el efecto jurídico que persigue.

A la aludida complejidad del material fáctico como objeto de conocimiento, se une la circunstancia de que, en su vertiente procesal, lo que habitualmente se designa “los hechos”, dista de ser asimismo una cuestión simple.

Ya Bentham advirtió que, aunque, en teoría, se puede concebir un hecho de absoluta simplicidad, en la práctica, lo que se denota como “un hecho” es siempre “una agregación de hechos, un complejo de hechos”. Por eso, el propio Bentham distinguía el hecho principal, cuya existencia o inexistencia se trataría de probar, del hecho probatorio, que es el empleado para acreditar la existencia o inexistencia de aquél. Esta distinción tiene hoy carta de naturaleza y, además, se ha hecho algo más compleja.

Así, Ubertis distingue, en el plano más general, entre hechos “jurídico-sustanciales”, que son aptos para recibir una calificación jurídica y hechos “jurídico-procesales”, que para existir como tales requieren la previa instauración de un proceso y que tienen respecto de los primeros un carácter funcional o instrumental, dentro de la economía del procedimiento probatorio.

El hecho “jurídico-sustancial” por antonomasia es el hecho principal, que en el caso del proceso penal es el que resulta ser objeto de imputación, el que acota, pues, el área de la actividad probatoria y es en sí mismo jurídicamente relevante. Su correspondiente procesal-civil sería el hecho o hechos “constitutivos” (“impeditivos” o “extintivos”).

Taruffo dice que el hecho principal integra el conjunto de circunstancias que forman la premisa fáctica de la norma aplicable y son el presupuesto necesario para que se produzcan los efectos jurídicos previstos en aquélla.

Según lo ya anticipado, es claro que el hecho principal es singular sólo por una convención lingüística, pues dentro de él cabe identificar diversos segmentos individualizables mediante el análisis. No sólo: hacerlo es el insustituible modo de operar con rigor en la materia. De ahí que el propio Ubertis, se muestre partidario de hacer uso de la categoría de hechos primarios, para referirse a los distintos tramos o fragmentos individualizables del hecho principal. Y esto no por algún prurito de sofisticación clasificatoria, sino para dotar del máximo de precisión al discurso probatorio.

Lugar preferente entre los hechos jurídicos procesales, ya aludidos, ocupan los hechos probatorios, que son los datos o las informaciones aptas para probar cuando se los emplea como premisa menor de un razonamiento inferencial a la que se aplica una máxima de experiencia. A esta categoría clasificatoria pertenecen los hechos notorios y los elementos de prueba.

OPERAR CON “HECHOS”

Los datos fácticos acceden al juicio y antes al proceso mismo, como afirmaciones complejas, estructuradas en forma de hipótesis o propuestas de explicación, a las que se acompaña con la indicación de determinadas fuentes de información aptas para aportar datos idóneos para la confirmación de aquéllas.

Son afirmaciones, que, *prima facie*, deben aparecer dotadas de verosimilitud y susceptibles de integrar el supuesto de hecho de una norma, dado que el objetivo buscado es práctico: provocar un efecto jurídico vinculante. Y gozan ya de cierto grado de elaboración pues quien las formula habrá procurado dotarlas de funcionalidad al fin perseguido. En el caso del proceso penal, la hipótesis acusatoria habrá estado precedida de una actividad de investigación (incluso, ya antes, aunque ésta sea informal, la querella del particular). En el caso del proceso civil, el demandante, antes de dar forma a su pretensión, se habrá cuidado de anticipar, siquiera mentalmente, el efecto posible de los elementos de juicio que está en condiciones de suministrar.

Por otra parte, tanto en el escrito de acusación como en la demanda civil hay un diseño estratégico subyacente, que sugiere un plan de desarrollo de la actividad probatoria y una propuesta de lectura del previsible resultado de la misma dirigida al juzgador. Este diseño

estratégico, aun siendo implícito, deberá gozar de cierta visibilidad que le haga perceptible e incluso sugestivo a los ojos del juez. En efecto, piénsese que ya antes de que se desarrolle el procedimiento probatorio en el correspondiente momento procesal, las proposiciones de prueba de las partes tendrán que haber superado el filtro que representa el pronunciamiento acerca de su admisión.

En este punto corresponde al tribunal emitir una decisión selectiva sobre los distintos medios de prueba propuestos, que se resuelve en un juicio de relevancia. A efectos de admisión es relevante toda prueba que conectada a la afirmación de hechos que hace la parte que la propone, en el supuesto de asumirse ésta como verdadera, el resultado de esa prueba podría aportar elementos de juicio válidos para su confirmación. Es, pues, un juicio acerca de la presumible eficacia o rendimiento de un concreto medio probatorio en el contexto predeterminado por la formulación de un *thema probandum*.

Este último llega al juicio como hipótesis, como versión que se postula acerca de lo sucedido en el asunto que se debate, para que como tal sea examinada de forma contradictoria. La hipótesis sugiere una relación de coherencia entre los distintos elementos integrantes de la cuestión de hecho, que es lo que la hace plausible. Y se ofrece como comprobable a partir de los datos susceptibles de obtenerse de las fuentes de prueba que se señalan. La hipótesis es, pues, una propuesta de explicación, que debe aparecer verosímil, es decir, dotada de apariencia de verdad en lo que afirma. Pero ella misma no prueba, precisa ser probada.

En el área del enjuiciamiento, por tanto, se trabaja con hipótesis ofrecidas por las partes, de ahí que suelen presentarse normalmente en términos alternativos, esto es, excluyentes. Con ellas se opera conforme a la metodología hipotético-deductiva, que en este caso consiste en deducir los efectos reales que tendrían que haberse producido si la hipótesis fuese verdadera, para, seguidamente, comprobar mediante las pruebas si aquéllos han tenido existencia histórica cierta en el plano empírico.

Una buena hipótesis, ya en el momento inicial de su planteamiento, debe aparecer capaz de abrazar todos los hechos relevantes en su complejidad, organizarlos adecuadamente, sugerir una explicación a simple vista convincente sobre la forma de su producción. Después, resultará, además, efectivamente explicativa cuando sea compatible e íntegramente armónicamente el conjunto de los elementos aportados por la actividad probatoria. Este efecto eventual no se produce de forma automática ni necesaria: la explicación mediante la hipótesis más convincente, una vez confirmada, no genera certeza deductiva sino

conocimiento probable. Por eso, debe, primero, ser examinada críticamente en su aptitud para explicar, y, luego, de resultar acogida, ha de justificarse el porqué de esta opción.

Precisamente porque el método judicial de adquisición de conocimiento está inevitablemente abierto a la posibilidad de error, es por lo que resulta tan importante operar con método y teniendo clara conciencia de los pasos que se dan en la formulación de las inferencias y de hasta dónde lleva realmente cada uno de ellos.

A este respecto es preciso tener en cuenta que, en contra de lo que sugiere una convención muy arraigada en la cultura judicial de la prueba, que, como se ha anticipado, no existen pruebas directas en el sentido -atribuido a ese término en algún momento por Carnelutti- de aptas para poner al juez en contacto inmediato con el *thema probandum*. Ese criterio clasificatorio ha sólido reservarse para las pruebas testifical y documental, cual si estuvieran dotadas de una especial capacidad representativa de hechos. Pero lo cierto es que ni el testigo ni el documento permiten al juez percibir directamente el hecho que se trataría de probar. Suele decirse que el único juez que podría juzgar con prueba directa sería el que hubiese presenciado la realización del hecho justiciable. Pero ni aun así, puesto que ese juez-testigo (y, por tanto, prevenido y no imparcial) tendría que deponer en esa segunda condición ante el tribunal competente para el enjuiciamiento.

El juez, a través de la declaración testifical -como en el caso de cualquier otro medio de prueba- no constata, sino que puede inferir que en un momento anterior tuvo lugar el acaecimiento de un cierto hecho. Y ello pasando de lo único directamente percibido, la declaración escuchada (con todos los problemas implícitos en la interpretación de cualquier discurso), a lo que constituye su referente, mediante una apreciación crítica ciertamente compleja, puesto que deberá comprender todos los datos que podrían hacer o no atendible las manifestaciones del testigo: autenticidad, capacidad para la observación, calidad de memoria... Un ejercicio, el de la crítica del testimonio, nada fácil, puesto que, por ejemplo, la riqueza en contenido de datos, que a simple vista podría parecer un valor, quizá sea debida a una peligrosa reelaboración, no necesariamente intencional y consciente.

Es, precisamente, la variedad y la complejidad de los factores implícitos en la prueba a que se alude y la insuficiente conciencia que se tiene de ello, en virtud del tópico aludido, lo que hace de la testifical una prueba cargada de riesgo, sobre todo cuando es única, y no se diga si de un único testigo.

El modo de proceder en el ámbito de la valoración de la prueba

debe ser inicialmente analítico: el resultado de cada medio probatorio habrá de ser considerado en ese momento en su individualidad, como si fuera el único. Esta clase de examen requiere, primero, la identificación de la correspondiente fuente de prueba (la persona, el documento, el objeto de la pericia) y su localización original en el escenario de los hechos o el tipo de relación mantenida con éstos. Habrá de valorarse también la aptitud del medio probatorio propuesto para obtener información útil de la fuente de que se trate, habida cuenta de sus circunstancias, del estado de conservación, en función del transcurso del tiempo y de otros datos. Producido el examen deberá concretarse el rendimiento en elementos de prueba susceptibles de valoración.

En el curso de esta actividad valorativa el juez hace uso de máximas de experiencia: el universal que permite pasar de un enunciado particular de hecho a una conclusión (otro enunciado) de la misma clase. Se trata de generalizaciones de saber empírico de muy diverso valor, que en ningún caso producen certeza deductiva. Ello hace que la actitud crítica del juez deba extenderse también a la calidad de las propias máximas de experiencia de que se sirve. Puesto que es obvio que, por ejemplo, no merecen el mismo grado de fiabilidad la que sugiere que las persona unidas por vínculos afectivos a alguna de las partes tienden a la parcialidad del testimonio, que la que dice que si el suelo está mojado es porque ha llovido.

En la materia probatoria no existe un catálogo cerrado de reglas que pauten el *modus operandi* judicial. Sí hay algunos criterios dignos de consideración, que los autores, entre ellos, particularmente, Taruffo, concretan en los siguientes: No deberá acudirse al uso de métodos que en la consideración común sean tenidos por irracionales. Es preciso operar con conciencia de que la prueba como resultado no lo es nunca de una simple constatación, sino de un complejo de inferencias, de algunas operaciones mentales que atribuyen un protagonismo inevitable al juzgador. Este ha de tener claro, en el curso de aquéllas, cuando y, sobre todo, por qué da el salto de un dato antecedente a una conclusión. Es decir, con qué base de apoyo y en función de qué regla y el grado de seguridad que ésta ofrece por su calidad. Debe saber que cuando se opera mediante una cadena de inferencias a mayor número de éstas menor garantía en el resultado de la inducción probatoria. Que las pruebas son tanto más eficaces cuando más ricas en contenido empírico. Que por lo general explica mejor la hipótesis más simple... Que, en fin, aquélla que resulte acogida, habrá de integrar armónicamente todos los datos relevantes derivados de la actividad probatoria.

La valoración o apreciación conjunta, como he dicho, sólo puede producirse en un segundo momento. Esto no quiere decir que en

el curso del análisis deba/pueda prescindirse de la perspectiva global del cuadro probatorio. De forma natural el resultado de cada medio de prueba irá produciendo su efecto en la conciencia del juez, le aportará un grado de información, generando un estado de conocimiento abierto a la integración de nuevos datos procedentes de los restantes medios de prueba. Pero es inexcusable que en algún momento cada uno de éstos haya sido analizado como si fuera el único disponible, para evaluarlo de forma individualizada. Sólo una vez examinado de este modo el resultado de la totalidad de la prueba propuesta, deberá el juzgador proceder de forma reflexiva a la evaluación global del mismo.

En la concepción de la actividad probatoria que aquí se postula, la valoración conjunta tiene reservado un papel muy diferente al tradicionalmente desempeñado en la práctica jurisdiccional y que guarda relación, como luego se advertirá, con la emergencia del deber de motivar. La valoración conjunta de la prueba en su versión histórica era en realidad una cláusula de estilo, una fórmula ritual tras de la que se ocultaba un uso incondicionado del arbitrio valorativo. A veces, la simple vía de escape para eludir las dificultades de tratamiento de un cuadro probatorio complejo y decidir cómoda y, con toda probabilidad, intuitivamente.

POR QUÉ HA DE JUSTIFICARSE LA DECISIÓN

Constata Aarnio que “la gente exige no sólo decisiones dotadas de autoridad sino que pide razones. Esto vale también para la administración de justicia. La responsabilidad del juez se ha convertido cada vez más en la responsabilidad de justificar sus decisiones... maximizar el control público de la decisión”.

Y es que, como ya he dicho, si de la recepción por el juez de diversas afirmaciones en materia de hechos se siguiera necesariamente una determinada conclusión también fáctica susceptible como tal de ser conocidas por terceros, la expresión de la *ratio decidendi*, la justificación de la decisión carecería de sentido. Pero ocurre que en la materia se abre un amplio margen de apreciación al criterio del operador judicial, quien, por ello, tiene la responsabilidad de la opción y de la racionalidad o irracionalidad de ésta.

Los juristas y los jueces, cierto que desde hace no mucho tiempo, acostumbramos a hablar de motivación de las sentencias en términos que ya sugieren con claridad la exigencia de un discurso justificativo. Lo que no se tiene tan claro, en cambio, es que, como ha subrayado Ferrajoli, motivar una sentencia en materia de hechos es justificar una inducción, lo que, sépalo o no el juez, le lleva a un terreno escombrado de dificultades en el que han vertido no pocos esfuerzos

autores como Hanson, Hempel y el propio Russell, entre muchos otros. De esta manera, cuando las leyes procesales dejan esa tarea en manos del juzgador imponiéndole el uso del criterio racional, la sana crítica o la valoración en conciencia, como instrumento de trabajo, más que resolver el problema lo plantean en toda su extensión. Pues, como sucede con la inducción en general, también en la inducción probatoria del juez, la conclusión va más allá de las premisas y el conocimiento que proporciona no puede considerarse cierto sólo porque éstas lo sean, precisamente, porque la afirmación en que aquélla se expresa implica un salto de lo que se conoce a lo que se trata de conocer por ese procedimiento, un ir más allá en contenido informativo de los antecedentes de que se había dispuesto.

El conocimiento obtenido mediante la inducción probatoria es conocimiento probable, que no pierde ese estatuto epistemológico por más que se exprese formalmente en una sentencia firme. Por ello, la garantía de su atendibilidad tiene que ver con el rigor en la obtención de los datos a través de los distintos cursos inferenciales. En nuestro caso, con la selección y el tratamiento de las fuentes de prueba, con la calidad de las máximas de experiencia aplicadas para la producción de los distintos elementos de prueba y en la puesta en relación de estos entre sí.

¿EN QUÉ CONSISTE LA JUSTIFICACIÓN?

Es un lugar común en la literatura jurisprudencial afirmar que la motivación consiste en que el juez exteriorice el proceso lógico, incluso psicológico por el que ha llegado a la adopción de la decisión. Por ejemplo, una sentencia de la Sala Segunda, de 29 de 2000, dice que el fin de la motivación en materia de hechos es dar a conocer “el proceso de convicción del órgano jurisdiccional...” Este modo de concebir la motivación es francamente erróneo. Primero, porque en él se produce una confusión de dos planos, el de la decisión y el de su justificación, que el juez debe conscientemente diferenciar, por más que, es obvio, se interrelacionan en el desarrollo práctico de su tarea. Y, en segundo término, porque en cada uno de esos dos planos se opera con criterios metodológicos de distinta naturaleza, pues el proceso decisonal es de carácter heurístico, de búsqueda o descubrimiento de las premisas y de los parámetros o criterios de decisión, lo que, por otra parte, hace que quien lo protagoniza no pueda tener de él una percepción del grado de objetividad—diríase externa— que sería preciso para verterla al exterior con fidelidad notarial. Escribe Saramago, en uno de sus últimos libros: “En rigor no tomamos decisiones, son las decisiones las que nos toman a nosotros”. Naturalmente, es un modo metafórico de expresarse, pero no cabe duda que la cita apunta con verdadera fortuna descriptiva un aspecto —y un riesgo— del *modus operandi* en la materia

que no debe dejarse de lado.

En el modelo, hoy constitucional, se trata de que el deber de motivar preactúe —y buena parte de su eficacia radica en que efectivamente lo haga— sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad. Pero es claro que, en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, lógicamente, una vez que la decisión ha sido adoptada. Por eso, lo que puede y debe hacer el juez no es describir o casi mejor transcribir el propio proceso decisional, sino justificar con rigor intelectual la corrección de la decisión adoptada.

Es preciso acreditar que la decisión no es arbitraria sino que se funda en razones objetivables, esto es, susceptibles de verbalización, y dignas de ser tenidas por intersubjetivamente válidas. Wroblewski, por su parte, ha distinguido dos planos dentro del área de la justificación: uno interno, del que debe resultar que existe una relación de coherencia entre las premisas que vertebran la sentencia y la conclusión. Y otro externo, que mira a asegurar la racionalidad probatoria en la fijación de las premisas fácticas. Esta, es cierto, se produce en un marco de libre valoración, pero bien entendido que, en este caso, libertad sólo quiere decir proscripción de la prueba tasada. El juez, en la apreciación de la prueba, es libre frente al legislador, por decisión de éste, pero no lo es para operar al margen de lo sucedido en el juicio ni de espaldas a los criterios habituales del operar racional.

Así, motivar la decisión sobre los hechos quiere decir elaborar una justificación específica de la opción consistente en tener algunos de éstos por probados, sobre la base de los elementos de prueba obtenidos contradictoriamente en el juicio. Y, como se ha anticipado, el correspondiente deber apunta no sólo a hacer inteligible la decisión y a dotarla de la necesaria transparencia, sino también a asegurar un modo de actuar racional en el ámbito previo de la fijación de las premisas fácticas del fallo. El juez que asuma con profesionalidad y honestidad intelectual el deber de motivar se esforzará por eliminar de su discurso valorativo aquellos elementos cuya asunción no fuera susceptible de justificación racional, para moverse únicamente en el ámbito de lo racionalmente justificable (Iacoviello).

Cuando el juez decide tener unos hechos como probados, es que los considera realmente producidos. Se decanta por una de las hipótesis concurrentes, excluyendo la o las restantes y debe dejar constancia del porqué.

DINÁMICA DE LA JUSTIFICACIÓN

Tomemos, como punto de partida, un supuesto recurrente en la práctica de la justicia penal: el atraco a un banco. El juicio se abre porque concurre una hipótesis acusatoria, es decir, una propuesta de explicación plausible de lo realmente ocurrido, que llega al tribunal acompañada de la proposición de unas pruebas, prima facie consideradas relevantes, esto es atinentes al asunto y aptas en principio para confirmar las afirmaciones de la acusación.

El atraco fue ejecutado por varios individuos, que portaban armas. Dos llegaron en un vehículo, otro estaba a la espera y permaneció en el exterior de la entidad bancaria, junto con un cuarto que, habiendo accedido ya antes a la misma, franqueó la puerta a los primeros a la vez que salía.

El hecho así descrito sintéticamente, incluyendo la identidad y la distribución de los distintos papeles entre los implicados, constituye el thema probandum, la imputación, esto es el hecho con relevancia típica o hecho principal que es susceptible de descomponerse en una serie de hechos (los primarios del mismo *Ubertis*), que corresponderían a los distintos elementos del tipo. Como es obvio, por su complejidad y por la necesidad inevitable, debido a eso, de proceder por pasos, una hipótesis acusatoria en general no se prueba en su totalidad y de una vez. Con ella suele operarse de forma fragmentaria, segmentándola en sub hipótesis, sobre las que, de la misma forma regional vierten normalmente los datos procedentes de las distintas fuentes de prueba, que hacen referencia a esa segunda categoría de hechos.

La actividad probatoria puede aportar elementos de juicio aptos para integrar directamente la imputación o hecho principal, es decir, hechos primarios y, finalmente, los hechos probados. Pero también datos probatorios, que en sí mismos no son susceptibles de recibir ninguna calificación jurídica y que únicamente sirven para hacer prueba sobre los primeros (principal y primarios). Estos hechos acceden al proceso, ya por razón de notoriedad, o como elementos de prueba.

Por otro lado, es bien patente que en el proceso, comparece otra clase de hechos, mejor sería decir actos procesales, que son los integrantes de la secuencia probatoria, en particular, los medios de prueba, mediante los que se opera sobre las distintas fuentes de prueba.

Como he señalado antes, el esfuerzo clasificatorio evidenciado en el empleo de esas categorías no responde a una simple veleidad teórica, sino que, fruto de una reflexión analítica sobre la práctica de los tribunales, puede retornar a ésta para hacerla más rigurosa. En

efecto, ese acervo conceptual constituye el instrumental de que se valen quienes intervienen en el proceso, incluso cuando no son conscientes de ello. Y no cabe duda de que un uso reflexivo del mismo ayudará eficazmente tanto en la formulación de la hipótesis acusatoria o de la demanda como en su discusión y en la propuesta de alternativas a una u otra y, en particular, en el examen del resultado de la actividad probatoria y su valoración.

En este último campo, el procedimiento no es de verificación, en contra de lo que a veces se dice, porque las hipótesis judiciales no son susceptibles de experimentación: pueden únicamente ser confirmadas o refutadas mediante el resultado de la actividad probatoria. La verdad procesal no se demuestra, se prueba.

Pues bien, lo que el juez ha de acreditar de forma explícita mediante el proceso de justificación o motivación es el uso correcto de esos instrumentos. Esto es, que ha operado de forma racional –por tanto en cada caso y en cada paso con un porqué verbalizable– para tomar la decisión de acoger o rechazar alguna de las hipótesis o intentos de explicación que le fueron presentadas.

Debe, por tanto, comenzar por recoger en la sentencia las hipótesis en contraste, y expresar con claridad como reacciona cada una de ella a tenor de lo que resulta del cuadro probatorio. Bien entendido que éste, como producto sintético de lo ocurrido en el juicio, supone una previa valoración analítica de la calidad de cada fuente de prueba y de la(s) máxima(s) de experiencia empleadas en su examen, y del rendimiento de cada uno de los medios de prueba. De todo ello se debe dar cuenta en la resolución.

El modo de proceder suele descomponerse en los siguientes pasos: (1) formulada una hipótesis (por ejemplo: Fulano ha robado dinero, en un atraco en el que resultó lesionado); (2) se deducen de ella las consecuencias que, de ser cierta, se derivarían de la misma (Fulano tendría que presentar los estigmas propios de un traumatismo, guardado o hecho uso del dinero...); y (3) se comprueba si el resultado de la actividad probatoria permite tener por existentes en la realidad los signos de esa hipótesis (Fulano fue asistido por un médico, presenta una cicatriz, cambió ostensiblemente de estándar de vida...).

Una hipótesis puede estimarse verdadera cuando se muestra compatible con los datos probatorios, porque los integra y explica en su totalidad, armónicamente; y no resulta desmentida por ninguno de ellos. Esto no quiere decir que una buena hipótesis no pueda dejar algún “cabo suelto”, algún dato sin explicar. Pero éste, para tenerla por válida, nunca podría ser fundamental en la economía de la misma.

Según Copi, las exigencias que debe satisfacer una hipótesis para que pueda ser tomada en consideración son las siguientes: relevancia (el hecho que se trata de explicar debe ser deducible de ella); susceptibilidad de control (ha de resultar posible formular observaciones que permitan confirmarla o invalidarla); compatibilidad con las hipótesis previamente establecidas (una hipótesis compleja no admite contradicción entre sus distintos segmentos, debe ser autoconsistente); aptitud para explicar (debe optarse por la que más y mejor explica); y simplicidad (tanto en la experiencia ordinaria como en la científica, es preferible la teoría más simple que se adapta a todos los hechos disponibles).

Como resulta patente y sabemos muy bien los juristas, en la tarea jurisdiccional relativa a los hechos concurre un extraordinario margen de maniobra. Por ello, el que la ejerce, debe ser muy consciente del porqué de los pasos que da en el curso de su realización. En este sentido, motivar es autoimponerse límites.

El que, a grandes rasgos, acaba de exponerse es el método propio para obtener conocimiento fáctico de calidad en cualquier campo del saber empírico y es, por tanto, el que ha de seguirse en la actividad jurisdiccional, para que ésta conduzca a una convicción racional y racionalmente justificable. Así, pues, el juez debe hacer uso de esa clase de instrumentos, todavía no suficientemente introducidos en su acervo cultural. Porque, insisto, es la única vía de aproximación racional a la *quaestio facti* y el único modo de ejercer un control de ese carácter en el proceso de formación de criterio sobre la misma.

El uso de ese método es lo que permite, además, una justificación suficiente e intersubjetivamente válida de la decisión. En efecto, una convicción obtenida en virtud de una corazonada, de un movimiento del ánimo o por empatía, es necesariamente injustificable. Lo que no ocurrirá con aquélla a la que se llegue de la forma que se propugna.

Este modo de operar complica, no cabe duda, el trabajo del juez. Pero sólo relativamente, porque también le ayuda de manera eficaz en él. Por otra parte, hay que señalar, con esas pautas de actuación no se importa en el campo de la jurisdicción una complejidad que le sea ajena: simplemente resulta explicitada la que le es propia, que permanecía oculta bajo una concepción psicologista y falseadora de la verdadera naturaleza de la función de juzgar. Por lo demás, la dificultad del método es sólo aparente y tiene mucho que ver con el factor de novedad.

No todos los casos de valoración y justificación de la decisión exigen el mismo esfuerzo. Pero en todos ellos habrá de hacerse el necesario para que el lector de la sentencia pueda tener claro: cuál o

cuáles han sido las hipótesis de partida relativas al hecho principal y sus elementos integrantes (hechos primarios); cuáles las fuentes de prueba utilizadas y por qué medios se ha producido su examen; y cuáles los elementos de prueba obtenidos en cada caso y su aportación al resultado que se expresa en la decisión sobre los hechos. Y también de qué máximas de experiencia se ha hecho uso y por qué, puesto que es sabido que no todas son de la misma calidad.

Es necesario que los presupuestos procesales –esto es, probatorios– de la valoración de la prueba tengan expresión en la sentencia, y el lugar adecuado para hacerlo es el que la Ley Orgánica del Poder Judicial llama sin demasiada fortuna “antecedentes de hecho” (art. 248,3º). En efecto, una sentencia en la que no exista constancia –mediante una síntesis suficientemente explicativa, elaborada con honestidad intelectual– de lo sucedido en el ámbito de la prueba no podrá ser bien entendida y, menos, discutida por quien la lea. Y es obvio que la sentencia ha de resultar un documento autosuficiente a esos efectos. (Aunque parezca mentira, no faltan ocasiones en las que un juez se remite “en aras de la brevedad, al acta del juicio”).

De otro lado, una vez relacionado el material probatorio, y puesto que el actuar del juez con él es inevitablemente selectivo, deberá dejar constancia expresa y asimismo suficiente del porqué de las distintas opciones que realiza. Así, constatado que el testigo A ha dicho X, deberá poder saberse la razón de dar o negar credibilidad a su testimonio. Porque tiene que haber alguna razón.

Estas últimas consideraciones remiten a un tipo de objeción, recurrente en el discurso de quienes se muestran reticentes frente a un planteamiento exigente del deber de motivar y asimismo presente en cierta jurisprudencia. Me refiero al valor que implícita y también explícitamente se otorga al factor intuición, cuyo uso no es susceptible de ser verbalizado (el “sexto sentido” judicial y policial, de que se ha hecho eco alguna sentencia). Pues bien, de aceptarse como legítimo su uso en la valoración de la prueba, habría que responder a la pregunta de si cabe reconocer validez a sentencias condenatorias sin más justificación que el acto de fe o la simple relación empática del juez con un testigo.

El ejemplo que mejor ilustra esta clase de supuestos es el de la sentencia condenatoria fundada en un único testimonio de cargo valorado intuitivamente. La verdad es que el caso-límite suele ser de construcción libresca y de escasa recurrencia estadística. Pero el aludido es un tipo de caso que no deja de darse. A mi juicio, una situación probatoria de ese género tendría que desembocar en la absolución por insuficiencia de prueba, dada la imposibilidad de justificar debidamente

la decisión. Esta conclusión es la que reclama la lógica de un sistema inspirado en el principio de presunción de inocencia y que ha dado rango constitucional al deber de motivar las sentencias. Pero también aboga por ella una poderosa razón de carácter práctico: la de evitar salidas cómodas en la valoración de un cuadro probatorio, que raramente será de tanta simplicidad, pues lo más frecuente es que concurren algunos elementos de contraste aptos para confrontar las manifestaciones de los implicados.

En este punto, dando por supuesta la radical importancia de la inmediación, es preciso señalar asimismo el riesgo de cierto modo de entenderla. La importancia es obvia, puesto que la formación de juicio exige contacto directo con las fuentes y medios de prueba, y obtención personal de las conclusiones en la materia. El riesgo radica en que, en contra de lo que sugiere un arraigado tópico jurisprudencial, la inmediación no es el método, sino un recurso instrumental, cierto que de capital significación. Es condición necesaria pero no suficiente de una correcta apreciación de la prueba y no puede absolutizarse en su valor sin convertirla en una suerte de coartada que permita al juez huir del cumplimiento del deber de justificar en todo caso y de forma suficiente sus decisiones. Sin inmediación no podría hablarse de verdadero enjuiciamiento, pero ésta no asegura una correcta valoración de la prueba, de la que (dando por supuesta aquella) sólo la justificación racional de la decisión puede ser garantía eficaz.

Aunque lo normal –y hasta obvio, en principio– es que la actividad probatoria desemboque en una declaración de hechos probados, podría darse el supuesto de imposibilidad objetiva de tener algunos como tales. Esto sucede, por ejemplo en el proceso penal, en las ocasiones en que concurre una radical ilicitud de la prueba ofrecida en apoyo de la hipótesis acusatoria, de manera que, a falta de prueba valorable, el resultado sólo puede ser de vacío de hechos. La jurisprudencia exigía, incluso en estos supuestos, en una interpretación literalista de los arts. 142 y 851,1º de la Ley de E. Criminal, la concreción de unos hechos como probados, con el resultado de forzar a los tribunales a suponer como tales algún conjunto de circunstancias ni siquiera dotadas de calidad fáctica en sentido estricto (por ejemplo, un determinado modo irregular de proceder policial o judicial). Pues bien, de operarse como aquí se propone, se evitarían esas mistificaciones, porque la sentencia, aun sin hechos probados (porque, en efecto, los de la acusación no pudieron serlo por radical ausencia de prueba valorable) daría cuenta del porqué de esa forma de presentación, permitiendo un abordaje crítico de la misma y su eventual revocación, puesto que los criterios de la decisión resultarían transparentes. Para que así sea, deberían recogerse en la resolución con detalle suficiente y como “antecedentes procesales” todas las incidencias relevantes del

atípico curso probatorio y, luego, valorarse en derecho en el área de la motivación.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

El seminario en que se inscribe esta intervención versa sobre el lenguaje forense, del que –podría parecer- a lo largo de estas páginas no se ha dicho una palabra. Por ello se impone una reflexión final al respecto.

El sintagma “lenguaje forense” tomado no en abstracto sino referido a una situación concreta denota el modo como se expresan –y, antes aún, como razonan- en general, los juristas de ese preciso momento. Pues bien, en tal dimensión, es decir, como forma de manifestarse los juristas, como medio de interlocución de éstos entre sí y con su entorno acerca de los problemas y asuntos de que se ocupan, aquél traduce un estado de cultura, una manera de entender el propio oficio.

Nuestro lenguaje forense de hoy nos sirve, por tanto, para decir, pero, a la vez dice mucho de nosotros mismos. Y, en particular, el lenguaje de las sentencias, traduce o expresa una forma de concebir la jurisdicción. Por otra parte, muy especialmente, en el ejercicio de ésta, la manera de argumentar sobre la prueba, de discurrir sobre los hechos, de entender y, sobre todo, practicar la motivación, es bastante más que una cuestión técnica, remite a un asunto de fondo que es el modelo de juez que, en realidad, se quiere o no se quiere.

En una sentencia de la Sala Segunda, dictada muy a finales de los 70, se decía que el tribunal “debe abstenerse de recoger...la resultancia aislada de las pruebas practicadas... el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores y en el secreto de las deliberaciones; dicho de otro modo... el tribunal no puede ni debe dar explicaciones del porqué llegó a las conclusiones fácticas...”.

Más cerca de nosotros, ya entrados los 90, en otra sentencia de la misma Sala se lee que la convicción “depende de una serie de circunstancias de percepción, experiencia y hasta intuición, que no son expresables a través de la motivación...”.

Y un autor como Ruiz Vadillo, hace apenas unos años, dejó escrito que no es “obligado ni necesario” que el tribunal explique el “porqué de la relevancia dada a cada medio, en concreto por qué se creyó a dos testigos y se dejó de creer a tres o por qué se dio más credibilidad a un informe pericial que a otro... Lo importante –concluía-

es decir cuáles son los hechos inequívocamente probados y de ellos obtener la correspondiente conclusión”.

Hoy, probablemente, no es demasiado fácil ver por escrito este tipo de manifestaciones. En cambio es de lo más frecuente encontrar formas claras de una aceptación tácita de lo que implican. Por ejemplo, en los miles de “vistos” que los fiscales ponen a resoluciones rigurosamente inmotivadas, siempre que les den la razón en el fondo. También, en las muchas ocasiones en que los letrados, cuando la sentencia en forma de ukase favorece su posición de parte, impugnan un recurso defendiendo la incoercible soberanía del juzgador. A pesar del sentido –preconstitucional, predemocrático- del poder como suprema potestas superiorem non recognoscens, que se expresa en ese concepto, cuando es patente que el poder del juez, como el de cualquier autoridad del Estado de derecho es inconcebible al margen de la idea de límite.

Se trata, pues, como he anticipado de una cuestión central, la del modelo de juez. En los textos que he transcrito, de una forma patente, y en las actitudes a que acabo de aludir, de forma algo más discreta, luce claramente un (anti)modelo de juez y de jurisdicción, autoritario y decisionista, que nadie defendería hoy de manera expresa. Se trata de un (anti)modelo que tiene, naturalmente, su propio lenguaje, el que ahora nos preocupa. Un lenguaje dotado de una clara funcionalidad: es el más adecuado para mandar sin dar explicaciones, creando, eso sí, una atmósfera de cierto ritualismo y sugiriendo una racionalidad de fondo, sólo aparente puesto que oculta apenas la consagración del arbitrio en aspectos centrales de la decisión.

Ese patrón, que podría decirse –más o menos- superado en el discurso teórico, no lo está en modo alguno. Un síntoma claro es que lo que aquí se ha planteado, el objeto de este encuentro, es el lenguaje forense como problema. Algo de lo más pertinente, pues, en efecto, lo es. En una primera aproximación, porque genera dificultades de comprensión y en el plano de la comunicación, pero esto no es, con todo, lo más importante. El núcleo de la cuestión radica en que el lenguaje constituye un síntoma relevante del modo de ser actual de la función jurisdiccional (tomada en el conjunto de sus operadores), que no se adecua lo bastante al paradigma felizmente acogido en la Constitución de 1978.

No diré que desde esa fecha no se hayan dado pasos significativos, pero son insuficientes. Sobre todo porque en la materia no se ha operado con la radicalidad exigible, quizá porque falta conciencia de la necesidad de afrontar la cuestión como lo que realmente es: un crucial problema de fondo, de raíz, de matriz cultural.

En el caso de la jurisdicción, el habitual hermetismo en el discurso, es trasunto de una modalidad de poder, soberano en el viejo sentido, que se manifiesta en forma de diktat, como mandato desnudo y que se justifica de manera formal por el sólo hecho de provenir de una determinada instancia. En ese contexto basta con que resulte claro el sentido del fallo al sólo efecto de provocar una determinada actitud en el destinatario. La calidad de los antecedentes y el curso de formación de la misma resultan objetivamente indiferentes.

La preocupación por lo que supone ese modo de operar judicial es antigua y se concreta en una gama de variadas opciones operativas, desde el “juicio de Dios”, a la prueba tasada, al principio de presunción de inocencia como regla de juicio conectado con el de contradicción y la exigencia de motivación. Ambos, considerados en la plenitud de sus implicaciones, expresan el máximo de conciencia sobre los problemas de la jurisdicción como forma de ejercicio del poder, una materia que afortunadamente preocupa cada vez más y en la que hay un largo camino por recorrer y que debería recorrerse.

El lenguaje forense es un punto en ese camino, pero sería un grave error hacerle objeto de una consideración aislada, porque es un síntoma, extraordinariamente elocuente, pero un síntoma. Tanto que si en una experiencia de laboratorio fuera posible producir, de una vez, un juez en todo conforme al ideal representado por el modelo de referencia, le veríamos expresarse de una forma diferente a la que hoy es todavía corriente entre nosotros. Con esto no quiero decir que no merezca la pena incidir en este momento, de manera puntual, en el plano de la expresión lingüística. Debe hacerse, porque siempre será útil. Pero, para que ese esfuerzo resulte realmente eficaz, de la clase de eficacia que se necesita, es preciso que se integre en un ambicioso diseño estratégico de cambio cultural. Esta es, en realidad, la verdadera apuesta.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

AARNIO, A., *Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*, trad. de E. Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.

ANDRES IBÁÑEZ, P., *Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal*, Doxa, nº 12 (1992).

- ‘Carpintería’ de la sentencia penal [en materia de ‘hechos’], Revista del Poder Judicial, nº 49/1998.

- *Sentencia penal: formación de los hechos, análisis de un caso e indicaciones prácticas de redacción*, en Revista del Poder Judicial, n° 57/2000.

BENTHAM, J., *Tratado de las pruebas judiciales*, trad. de M. Ossorio Florit, EJEa, Buenos aires, 1959.

CARNELUTTI, F., *La prueba civil*, trad. de N. Alcalá Zamora, Depalma, Buenos Aires, 1982.

COPI, I., *Introducción a la lógica*, trad. de N. Míguez, EUDEBA, Buenos Aires, 10ª ed. 1971.

FERRAJOLI, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de P. Andrés Ibáñez, J. C. Bayón. R. Cantarero, A. R. Ruiz Miguel y J. Terradillos, Trotta, Madrid, 4ª edición, 2000.

GASCON ABELLAN, M., *Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba*, Marcial Pons, 1999.

IACOVIELLO, F.M., *I criteri di valutazione della prova*, en M. Bessone y R. Guastini (eds.), *La regola del caso. Materiali sul ragionamento giuridico*, Cedam, Padova, 1995.

PAGANO, f. m., *Logica de' probabili applicata a' giudici criminali*, Agnello Nobile, Milano, 1806.

RUIZ VADILLO, E., *Hacia una nueva casación penal*, Boletín del Ministerio de Justicia, n° 1585.

TARUFFO, M., *La prova dei fatti giuridici*, Giuffrè, Milano, 1992. (Hay traducción en español, de J. Ferrer, *La prueba de los hechos*, Trotta, Madrid, 2002).

UBERTIS, G., *Fatto e valore nel sistema probatorio penale*, Giuffrè, Milano, 1979.

WROBLEWSKY, J. *Sentido y hecho en el derecho*, trad. de J. Igartua Salaverria y F. J. Ezquiaga Ganuzas, Universidad del País Vasco, San Sebastián, 1989.

SENTENCIA PENAL: FORMACION DE LOS HECHOS, ANALISIS DE UN CASO E INDICACIONES PRÁCTICAS DE REDACCIÓN

Perfecto Andrés Ibáñez (Magistrado)

"...el lenguaje de los hechos, el que mira en cada peripecia algo único, aunque derive su conocimiento de doctrinas generales"
Angeles Mastreta (Mal de amores).

INTRODUCCIÓN

Lo que sigue es la exposición algunas cuestiones centrales de la sentencia penal, en particular las que tienen más directamente que ver con elaboración de los hechos probados, desarrollada a partir del examen de un caso, realmente enjuiciado en los tribunales de Madrid.

Lo he elegido porque, sin presentar una complejidad excesiva, tiene la necesaria para hacer patente el juego de diversas hipótesis en contraste sobre unos hechos y la correspondiente forma de tratamiento de los datos probatorios en función de cada una de ellas.

El análisis de ese supuesto va seguido de una reflexión sobre ciertas implicaciones teóricas del instrumental empleado. Y, por fin, se incluyen algunas sugerencias prácticas en materia de redacción de sentencias penales.

EXPOSICION Y ANALISIS DE UN SUPUESTO

'Thema probandum'

El caso que se examina parte de unas lesiones, sufridas por dos de los tres implicados en él, que son las que seguidamente se describen.

- Lesiones constatadas en Ticio: zona inflamatoria en región lumbosacra, escoriaciones y equimosis en región torácica anterior y posterior, equimosis en brazo izquierdo, zona edematosa con abultamiento en cuero cabelludo (parieto-occipital y temporo-occipital), refiriendo dolores generalizados y estado emotivo-emocional. El TAC acreditó un traumatismo craneal leve. Tres días después le sobrevino una pérdida de visión en el ojo izquierdo, de la que se recuperó.

- Lesiones constatadas en Cayo: fractura en diáfisis de cuarto metacarpiano y del cuello del quinto metacarpiano de la mano derecha.

Partes

- Ministerio Fiscal (MF):
 - Acusa a Ticio de un delito de lesiones.
 - Acusa a Cayo y Sempronio de una falta de lesiones.

- Cayo-Sempronio (Ejercen la acusación particular contra Ticio (AP1) y son, a la vez, acusados por éste como acusador particular (AP2) y por el MF):

- Acusan (como MF) a Ticio de un delito de lesiones.
- Son acusados por MF y AP2 (Ticio) de una falta de

lesiones.

- Ticio (Es acusado y, a su vez, ejerce la acusación particular AP2):

- Acusado por MF y por Cayo-Sempronio (AP1) de delito de lesiones.
- Acusa (AP2) a Cayo-Sempronio de falta de lesiones.

Antecedentes

Ticio había encargado la construcción de un chalet a un contratista, que aquí no interviene. Este, a su vez, subcontrató la realización de parte de la obra, en concreto una zanja, con Cayo y Sempronio. Aunque Ticio pagó al contratista todo lo convenido, éste, al parecer, en el momento de los hechos no había abonado a Cayo y Sempronio el importe de su trabajo.

Es por lo que Cayo y Sempronio se dirigieron a la casa de Ticio, con la pretensión de cobrar.

Acusación del Fiscal

Ticio, al ver entrar en su parcela a Cayo y Sempronio, se dirigió hacia ellos, agresivo, con el "ro" (instrumento para hacer masas en la construcción), lanzándoles con esa herramienta un golpe que alcanzó a Cayo en el 4º y 5º metacarpianos de la mano derecha. Cayo y Sempronio reaccionaron, a su vez, golpeando a Ticio y ocasionándole los traumatismos acreditados.

Acusación (AP1) y defensa de Cayo-Sempronio

Ticio se dirigió contra ellos enarbolando el "ro", con el que alcanzó a Cayo. Este, tras recibir el golpe en el puño derecho, con el izquierdo golpeó a Ticio en la cabeza, cuando estaba todavía frente a él, haciéndole caer al suelo, que era irregular y pedregoso, por lo que se hizo daño. Por su parte, Sempronio, al tratar de sustraerse a la acción

de Ticio, perdió el equilibrio, cayendo al suelo. No hizo nada.

Acusación (AP2) y defensa de Ticio

Cayo le dio dos puñetazos por detrás, en la región lateral-posterior de la cabeza, cuando ya se hallaba de espaldas, lo que le hizo caer al suelo. A continuación Cayo y Sempronio le dieron golpes y patadas en diversas partes del cuerpo.

Actividad probatoria

- Acusados

- Declaración de Ticio: Cuando vi llegar a Cayo Sempronio me dirigí a ellos, dejando la herramienta. Les expliqué que no era yo quien debía pagarles, puesto que había abonado el importe total de la obra al contratista. Me dí la vuelta para marchar y Cayo me golpeó por la espalda. Luego, ambos me golpearon más, me dieron patadas, cuando ya estaba en el suelo. Grité y esto hizo acudir a mi vecino (T2).

- Declaración de Cayo: Cuando supo que queríamos cobrar, Ticio, que llevaba el "ro" nos lanzó un golpe con él. Lo paré con la derecha, con el puño cerrado, recibiendo el impacto en los nudillos (ilustra el movimiento poniéndose en pie y lanzando el puño hacia arriba; es mucho más alto que Ticio). Entonces, reaccioné dándole dos puñetazos con la mano izquierda. Soy diestro, pero manejo también la izquierda. Ticio cayó al suelo -que es pedregoso- se levantó y salió corriendo. Sempronio no intervino.

- Declaración de Sempronio: Cuando Ticio lanzó el golpe, me hice hacia atrás para esquivarlo y caí al suelo, al tropezar con una piedra. (Ilustra la trayectoria del "ro" describiendo un semicírculo que arrancaría a la altura del hombro de Ticio y habría impactado sobre el puño de Cayo, de arriba hacia abajo). Ya no vi ni hice nada.

- Testigos

- Declaración de la hija de Ticio (T1): Llegaba de comprar tabaco para mi padre y vi que Cayo le dio unos puñetazos, cuando se había dado la vuelta y estaba de espaldas y que, ya en el suelo, aquél y Sempronio le pegaron patadas. Mi padre no pegó; tras la caída, se levantó y salió corriendo. No tenía ninguna herramienta.

- Declaración de un vecino (T2): Estaba en casa y oí a Ticio gritar pidiéndome que llamase a la Guardia Civil. Entonces, me asomé y pude ver a dos individuos que abandonaban la parcela y a Ticio que se incorporaba del suelo. Vi un azadón en la masa.

- Declaración de una vecina (T3): Sacaba unas bolsas de mi coche, en la calle. Llegaron dos señores que entraron en la parcela de Ticio. Oí a una niña gritar, miré y vi a mi vecino en el suelo y a los dos señores pegándole patadas. No vi ningún instrumento.

- Declaración de T4: Conozco a Cayo y a Sempronio porque realizo trabajos para ellos. Había ido a buscarlos con T5 y, al ver que estaban en la parcela con Ticio, paramos la furgoneta como a 15 ó 20 metros y esperamos dentro. No percibimos ninguna discusión. En un momento Ticio levantó una herramienta que llevaba en la mano y golpeó. Sempronio cayó al suelo. Cayo recibió un golpe y se defendió. No hubo patadas a Ticio. No vi ni oí a la niña. Sí a una señora. En ningún momento salimos del vehículo. Ni cuando vimos llegar a la Guardia Civil, porque la cosa no iba con nosotros.

- Declaración de T5: Dijo hallarse con con T4 en la furgoneta y se manifestó en los mismos términos.

- Peritos

- Médico 1: Vi la fractura en el 4º y 5º metacarpiano de la mano derecha de Cayo. Es en la parte central del hueso. Se produce bien por un golpe directo contra el hueso o por un golpe con el puño. Difícil por una caída y difícil también estando la mano abierta. Debería estar el puño cerrado y el golpe ser dado contra o con un objeto contundente y sin aristas. Es una fractura que se conoce como "de boxeador". Inmediatamente después de producida se puede seguir golpeando con esa mano, cuando se está en una situación de estrés. De hecho, las personas que se rompen una pierna siguen corriendo.

Es posible poner en relación los golpes en la cabeza de Ticio con el puño como instrumento lesivo. Son dos chichones que implican golpes de cierta intensidad. Ticio tenía un cuadro de policontusionado. Al estar situados los golpes en la parte torácica y en la posterior, es difícil admitir que pudieran deberse a una caída.

- Médico 2: La fractura en la mano de Cayo tuvo que ser debida a un golpe con un objeto romo y sin aristas. Las de ese tipo se producen tanto porque la mano golpea (puede ser que en una cabeza) o porque sea golpeada. Es una lesión descrita en los boxeadores. Las lesiones de la cabeza de Ticio son compatibles con las de la mano de Cayo. Las demás lesiones de Ticio difícil que fueran debidas a una caída, al tratarse de diversos traumatismos y en distintos planos. Podrían haber sido debidas a golpes.

Datos probatorios

Han sido fuentes de prueba los implicados, los testigos y los peritos. Elementos de prueba, los contenidos en las distintas afirmaciones de unos y otros.

Algunos de observación directa: Cayo es notablemente más alto y mucho más corpulento que Ticio. También Sempronio es más alto que Ticio y más corpulento.

VALORACION DE LA PRUEBA*Concurren diversas hipótesis (H)*

H1. Sobre las lesiones de Cayo:

H1a) MF y Cayo-Sempronio: Ticio, con el "ro".

H1b) Ticio: Cayo, con un puñetazo por detrás.

H2. Sobre las lesiones de Ticio:

H2a) Ticio: golpes -no reactivos- de Cayo y Sempronio.

H2b) Fiscal: golpes -reactivos- de Cayo y Sempronio.

H2c) Cayo-Sempronio: golpe defensivo de Cayo y caída.

¿Qué y cómo explican?

- Hipótesis 1a): lesiones de Cayo (según MF y Cayo-Sempronio): Ticio con el "ro".

- En principio, podría tener confirmación en la naturaleza de la lesión en los metacarpianos puesto que es compatible con un golpe dado mediante un objeto contundente, romo y sin aristas, como el ástil del "ro".

- Encuentra apoyo en las versiones de Cayo, Sempronio, T4 y T5. No en las de Ticio, T1, T2, y T3.

- No sería conforme con una máxima de experiencia que indica que golpes como el que se atribuye a Ticio con el "ro" no suelen tratar de pararse instintivamente lanzando el puño cerrado al aire al encuentro del instrumento ofensivo. Lo normal, por razón de eficacia, sería tratar de neutralizar tal acción sujetando el brazo del agresor o el ástil del "ro" empleando ambas manos.

- Dada la ostensible diferencia de estatura que existe entre Ticio y Cayo es materialmente imposible que el ástil del "ro", manejado como éste dice, y su puño lanzado hacia arriba,

hubieran podido encontrarse a la altura en que sitúa la producción del golpe.

- Por otra parte, no parece atendible el testimonio de T4 y T5, por no ser creíble la explicación que dan de su permanencia en el interior del vehículo, incluso tras la llegada de la Guardia Civil. No es normal que, testigos de una situación comprometida para personas amigas, hubieran quedado al margen (en el interior de la furgoneta) sin ofrecer ayuda, siquiera después de las lesiones. Y tampoco se comprende que no hubieran facilitado de inmediato su versión a la Guardia Civil, que acudió en seguida al lugar.

- Hipótesis 1b): lesiones de Cayo (según Ticio): el propio Cayo, golpeando con el puño derecho.

- Explica de forma satisfactoria las lesiones de Cayo desde el punto de vista médico.

- Halla confirmación en el aserto del propio Cayo de ser diestro.

- También en lo afirmado por Ticio sobre la forma en que fue golpeado. Y en lo mantenido por T1, T2 y T3.

- La dinámica sugerida se beneficia (al contrario de lo que ocurre con H1a) del id quod plerumque accidit.

- La decisión de Cayo y Sempronio de exigir directamente el pago de trabajos a quien no se los había encargado, después de que, obviamente, se hubieran dado intentos frustrados de cobrar del auténtico deudor, denota una actitud airada, con cierto componente de agresividad.

- Hipótesis 2a): lesiones de Ticio (según Ticio): golpes -no reactivos- de Cayo y Sempronio.

- Los traumatismos de Ticio pueden responder perfectamente a los medios utilizados, según esta versión, para producirlos: golpes de puño y patadas.

- La disposición de la lesión en la cabeza sugiere, por su contundencia, el empleo de la mano derecha, tratándose de un diestro, como es el caso. Tiene además apoyo en la declaración de Ticio y en la de T1.

- La distribución de los golpes en el resto del cuerpo, en diversos planos, se compagina muy mal con una sola caída al suelo como causa; encuentra una explicación mucho más satisfactoria y plausible en la declaración de Ticio, y en las declaraciones de T1 y T3.

- Hipótesis 2b): lesiones de Ticio (según MF): golpes -reactivos- de Cayo y Sempronio.

- Podría ser explicativa, en una consideración

aislada, de las lesiones de Ticio.

- Plantea problemas de compatibilidad con la hipótesis del propio MF que atribuye la lesión de Cayo en el puño a la iniciativa de Ticio; explicación ésta escasamente plausible, como se ha visto.

- Hipótesis 2c): lesiones de Ticio (según Cayo-Sempronio): golpe defensivo de Cayo con el puño izquierdo, y caída de Ticio.

- Podría explicar, pero no de la mejor forma posible las lesiones de Ticio en la cabeza.

- No explica satisfactoriamente las sufridas en el resto del cuerpo, que no se justificarían con una caída.

- Tiene apoyo en lo dicho por Cayo y Sempronio, cuyas versiones presentan problemas de coherencia.

- Tiene apoyo también en lo depuesto por T4 y T5, testigos que explican de forma poco creíble su actitud espectadores pasivos.

Máximas de experiencia

- De experiencia clínica: cómo se fracturan los metacarpianos; lesión del boxeador; haber sufrido un traumatismo en una mano no sería obstáculo para, de inmediato, volver a golpear con ella.

- De experiencia corriente:

- De qué manera suele actuarse con las manos en la inminencia de un golpe lanzado con un instrumento como el descrito, para tratar de pararlo en el aire.

- Cómo juega la diferencia de altura entre dos personas que se enfrentan de la forma que consta.

- Cómo opera la desigualdad en el número y la asimetría en corpulencia antes y en las situaciones de confrontación.

- Cómo suele golpear instintivamente una persona diestra.

- Qué actitud sugiere el hecho de que personas frustradas en sus legítimas pretensiones de cobro por quien ha contratado su trabajo, decidan acudir directamente a quien no es el verdadero deudor contractual para obtener el pago.

- Cuál suele ser la actitud de las personas en presencia de amigos en una situación problemática y cuando, producida ésta con consecuencias perjudiciales para aquéllos, interviene la policía.

- Qué grado de credibilidad merece quien mantiene un discurso explicativo internamente coherente; y quien incurre en algún grado de incoherencia.

Valoración del cuadro probatorio en su conjunto y sentido del fallo

Como ha podido verse, H1a) podría explicar en términos de remota posibilidad abstracta la lesión de Cayo en la mano. Pero una de las partes que la sostiene, Cayo-Sempronio, para hacerla verosímil en su versión de conjunto, tiene que complementarla con otra acerca de las lesiones en las regiones lumbosacra y torácica de Ticio, H2c), francamente inaceptable, puesto que aquéllas no se explicarían médicamente por una caída como la que ellos describen.

Ha2b) y H2c) parten de la supuesta iniciativa agresiva de Ticio. Esta no es verosímil en los términos que Cayo-Sempronio la presentan, pues todo indica que fueron ellos quienes acudieron -parece que por primera vez- en actitud reivindicativa frente quien -Ticio- nada sugiere que pudiera tener algo contra ellos. Por tanto, es más que cuestionable ese antecedente, necesario para convertir en defensiva o reactiva la acción de Cayo y Sempronio. A esto se une lo ya expuesto sobre las dificultades de aceptación de H1a). Y no puede perderse de vista que H1a), H2b) y H2c) son hipótesis complementarias, que deben caer de no resultar aceptada la primera, lo único que les daría cierta plausibilidad.

H1b) y H2a) son en realidad subhipótesis complementarias, que constituyen en su articulación la hipótesis global acusatoria de Ticio. La segunda aporta la única explicación médicamente aceptable sobre el modo de producción de las lesiones de éste en las regiones lumbosacra y torácica y tiene apoyo en las coherentes manifestaciones del propio lesionado y en la testifical más solvente. Por su parte, H1b) tiene también el mayor apoyo a tenor de la experiencia clínica. Es, además, la que mejor cuadra con la circunstancia de que Cayo fuera diestro, cuenta con el apoyo testifical de más calidad y es, también, la más compatible con el contexto y el sentido de la intervención de Cayo-Sempronio. Ha resultado ser, con mucho, la hipótesis más fecunda, puesto que acoge armónicamente todos y cada uno de los datos probatorios sin forzamientos y aporta una explicación de conjunto para lo sucedido que no deja "ningún cabo suelto".

Las precedentes consideraciones son las que llevaron a dictar una sentencia libremente absolutoria para Ticio del delito de que había sido acusado y condenatoria por falta de lesiones para Cayo y Sempronio.

SOBRE LA VALORACION DE LA PRUEBA Y SU EXPRESIÓN EN LA SENTENCIA

Momentos de la actividad jurisdiccional y libre convicción

En la actividad jurisdiccional cabe constatar la existencia de tres momentos perfectamente diferenciables:

- El de adquisición de la prueba. Hace referencia al modo como se introducen en el proceso las fuentes y los medios de prueba. Se trata de un conjunto de prácticas procesales que está disciplinado con cierto pormenor en las leyes de enjuiciamiento y tiene, además, un marco más amplio de referencias normativas de superior rango en la regulación constitucional de la tutela judicial efectiva.

- El de la decisión sobre el hecho principal, sobre el "thema probandum". Se identifica con el final del enjuiciamiento, y en él debe jugar una regla de oro, de rango constitucional: el principio de presunción de inocencia. Si a la vista del resultado de la actividad probatoria subsiste una duda no resuelta, acerca de la producción del hecho como tal o de su autoría, se impone la absolución, que será incondicionada, libre. Esto es, cuando la hipótesis de la acusación no resulta confirmada por la prueba, habrá de prevalecer sin reservas, frente a la pretensión de que se declare la culpabilidad, la afirmación constitucional previa de inocencia del acusado. Previa, que no interina como con poco rigor -y dudosa estética- suele observarse, sugiriendo, con ese tópico del lenguaje burocrático, algo así como que la presunción de inocencia del imputado se encuentra aquejada de una provisionalidad necesaria.

- Entre ambos momentos indicados, media un espacio, que es el central de la experiencia jurisdiccional: el de la valoración de la prueba. En él ha de ponderarse el rendimiento obtenido de cada fuente de prueba, merced a cada uno de los medios probatorios utilizados. Esta es una operación de atribución de valor convictivo a ciertos datos. Como tal operación no está reglada jurídicamente, porque no son de carácter jurídico los parámetros y criterios que deben operar en ella.

En la materia rige el principio de libre convicción. Y como su nombre indica, la formación de ésta representa el momento en que el juez es más autónomo y, por ende, podría ser más arbitrario. Curiosamente es también el momento que menos interés ha suscitado, hasta hace bien poco, en medios judiciales y procesales. Como ya lo había puesto de relieve Frank¹, al referirse a una "discrecionalidad [del

¹ J. Frank, Derecho e incertidumbre, trad. de C. M. Bidegain, revisada por G. R. Carrió, Centro Editor de América Latina, Buenos Aires, 1968, pág. 70.

juez] en cuanto a los hechos o 'soberanía' virtualmente incontrolada e incontrolable que ha sido pasada por alto por los juristas...".

La dificultad objetiva de la *quaestio facti* tiene que ver con la circunstancia de que las fuentes de información no gozan, generalmente, de objetividad, por el contrario, con la mayor frecuencia actúan como tales los propios implicados/interesados en lo sucedido. Incluso cuando se trata de personas ajenas, terceros, tampoco son infrecuentes los defectos de percepción, la reelaboración inconsciente distorsionadora de los contenidos de memoria². En todo caso, juegan siempre los problemas de la transmisión de impresiones por medio del lenguaje común, inevitablemente impreciso.

Concurre, además, un factor adicional de dificultad, debido a que los jueces han carecido en general, de conciencia clara y cultura de estos problemas. No es que el juez haya vivido en la ignorancia del relieve de sus decisiones, que, es obvio, habrán sido siempre para él motivo de razonable preocupación. Ocurre que esa preocupación se ha suscitado exclusiva o preferentemente en el plano de la responsabilidad moral, del ser o no ser justo. La cuestión rara vez ha sido abordada en su consistente dimensión epistemológica, perspectiva ésta rigurosamente ausente -aún hoy- de la formación del jurista y del juez. Basta para comprobarlo, pasar la vista por los índices de las manuales al uso y por los programas de selección y formación de los distintos operadores.

En materia de libre convicción, ha pesado y sigue pesando notablemente la versión no racional³, intuitiva, de la *intime conviction* en conexión con el criterio de la verdad material como supuesto objeto de descubrimiento, que no podría dejar de revelarse a un juez, en la intermediación y con la actitud (moral) adecuada. Otra es la propia del mejor procesalismo liberal - presente con gran plasticidad en autores como Carrara⁴ en el que la libre convicción se encuentra asociada necesariamente al uso de criterios de razón, a la atención al desarrollo y resultado concreto de la actividad probatoria realizada con respeto a las formalidades legales, y al principio de presunción de inocencia

² Cfr. al respecto, L. Cataldo Neuburger, "Il testimone come elaboratore di informazioni", en G. Gulotta (ed.) *Strumenti concettuali per agire nel nuovo processopenale*, Giuffrè, Milano, 1990, págs. 115 ss. En la bibliografía española es de interés M. Digos, *Los falsos recuerdos*, Paidós, Barcelona, 1997.

³ En una sentencia de un Juzgado de instrucción, dictada en el mes de diciembre de 1999, se lee: "En orden a la valoración de la prueba, hemos de indicar que para el Juzgador tuvo mayor eficacia convictiva la declaración de las denunciadas que las de los denunciados. Los testimonios prestados ofrecieron el siguiente resultado: el testimonio de "Fulano" nos pareció más creíble que el prestado por la novia de "Mengano" y su tío (el de éste)". En otra, de otro Juzgado, de junio del mismo año, se razona así: "Apreciando en conciencia y con plena intermediación las pruebas practicadas en el acto del juicio considero acreditada la veracidad de la denuncia...". Es todo.

⁴ Decía Carrara que "en el sistema de la convicción íntima, la prueba tiene que ser legítima en la forma y solamente racional en la sustancia", en Programa de Derecho Criminal, trad. de J. J. Ortega Torres y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 1957, vol. II, pág. 391. o MalatestaFramarino dei Malatesta sitúa en la introducción de su obra fundamental sobre la prueba esta afirmación: "la lógica judicial... difícil e importante ciencia, sin cuya colaboración el derecho penal en manos de la sociedad sería como un litigio en manos de un loco" (Lógica de las pruebas en materia criminal, trad. de S. Carrejo y J. Guerrero, Temis, Bogotá, 4ª ed., 1998, pág. 7).

como regla de juicio.

El primer punto de vista ha prevalecido en términos absolutos en la cultura tradicional al uso entre los juristas. Es de obligada cita al respecto una conocida summa de procesal penal, muy usada en años todavía no lejanos, en la que podía leerse que "la sentencia ha de basarse en un estado de conciencia... en un juicio crítico interno, que se proyecta al exterior [en] afirmaciones (...) no hay por qué razonar y sería procesalmente incorrecto hacerlo sobre qué elementos de juicio han contribuido a formar la convicción del sentenciador..."⁵.

También es de inevitable referencia, una sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 7 de mayo de 1978: "el tribunal debe abstenerse de recoger... la resultancia aislada de las pruebas practicadas... y, con mucho mayor motivo, el análisis o valoración de las mismas, totalmente ocioso e innecesario dada la soberanía que la ley concede para dicha valoración y que debe permanecer incógnita en la conciencia de los juzgadores... el tribunal no puede, ni debe, dar explicaciones del porqué...". En 1993, la misma Sala Segunda dictaba: "El principio de libre valoración de la prueba con arreglo a conciencia, como ha declarado la jurisprudencia, supone una apreciación sin sujeción a tasa, pauta o regla de ninguna clase...". Y en 1997: "...el tribunal sentenciador no está obligado a hacer una concreta y expresa referencia a todas y cada una de las pruebas practicadas en la causa".

Afirmaciones de este tipo no son, seguramente, fáciles de hallar en este momento, pero el problema es que denotan un estado de cultura en la materia constituido a lo largo de un largo periodo de tiempo, que no se remueve fácilmente.

No reglas legales, pero reglas

De la evidencia de que la valoración de la prueba no es susceptible de regulación jurídica y que el criterio de la libre convicción es, precisamente, una alternativa histórica a la pretensión de tasar legalmente la prueba, se concluye que la materia no está sujeta a (ninguna clase de) normas. Y si no hay pautas a las que atenerse en la apreciación, es evidente que el juez oracular de este modelo no tendría nada que explicar ni que justificar.

Por fortuna, aunque no hace mucho tiempo, el asunto de la valoración y motivación de la prueba -a la vez que pasaba a ser objeto de un tratamiento normativo de rango constitucional, por la vía del deber de motivar y de la imposición de ciertas reglas del juego en el

⁵ J. Sáez Jiménez y E. López Fernández de Gamboa, Compendio de derecho procesal civil y penal, tomo IV, vol. II, Santillana, Madrid, 1968, pág. 1287.

ejercicio de la jurisdicción- ha dejado de ser, como tema, monopolio de jueces y juristas prácticos⁶. Con sobrado fundamento, puesto que lo único que puede producir el proceso judicial en materia de hechos es conocimiento inductivo y las reglas que rigen ese proceso cognoscitivo -tiene razón el jurista tradicional- no pertenecen al campo de lo jurídico en su habitual consideración, sino al teórico-filosófico de la epistemología.

En efecto, la llamada verdad procesal versa sobre situaciones de hecho, acerca de las que se discurre en términos de conocimiento por experiencia. Este, se traduce en pautas y reglas (generalizaciones de saber empírico) a las que se reconoce cierta fiabilidad, por su ya comprobado rendimiento práctico, a la hora de inferir de unas proposiciones particulares sobre hechos otras proposiciones particulares del mismo género.

En ese proceso, que constituye el núcleo del razonamiento probatorio, lo que permite saltar del dato expresado en un enunciado probatorio concreto, que se conoce y del que se parte, a otro u otros datos cuyo acaecimiento en la realidad se trataría de acreditar, es la mediación de un universal. Este elemento de conexión lo constituyen las leyes o máximas de experiencia, que tienen un valor desigual. En efecto, pueden ser tan seguras como las que rigen las pericias relativas a la determinación del ADN; no tanto, pero altamente fiables, como es el caso de las de la pericia lofoscópica; menos, quizá, pero muy atendibles en sus resultados, como las que fundan el test de alcoholemia mediante un etilómetro bien calibrado. Bastante fiables, como algunas de la experiencia clínica del tipo de la que se expresa en el tópico de la "fractura del boxeador", que se ha visto en el caso examinado; o relativamente inciertas: así, las cuantitativas, que cifran el valor convictivo en el número de papelinas de droga poseídas, como criterio de demarcación entre la dedicación al propio consumo o a la venta a terceros; las que atribuyen mayor o menor fiabilidad a ciertas declaraciones testificales en función de lazos de amistad o parentesco, etc.

En consecuencia, es obvio, que ese proceso cognoscitivo está abierto a la incidencia del error en todas las secuencias de su desarrollo: en la fijación de las premisas fácticas, en la elección de la regla de experiencia, en la consiguiente inferencia. Es cierto que, como se ha visto, cabe contar con el auxilio de leyes, como, por ejemplo, las de la física y otras generales de valor universal, de plena fiabilidad práctica. Pero debe tenerse en cuenta que ésto no siempre ocurre y, por lo regular,

⁶ La mejor prueba de esta afirmación está en obras como la, excelente, de Marina Gascón Abellán, Los hechos en el derecho. Bases argumentales de la prueba, Marcial Pons, Madrid, 1999. Y antes en otras del también filósofo del derecho, Juan Igartua Salaverria, tales como Valoración de la prueba, motivación y control en el proceso penal, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; y, más recientemente, El caso Marey. Presunción de inocencia y votos particulares, Trotta, Madrid, 1999, interesante y serio trabajo de campo sobre una experiencia jurisdiccional concreta.

además, cuando sucede, sólo prestan apoyo en los pasos intermedios, es decir, para la acreditación de datos probatorios, de aspectos parciales de la imputación, puesto que no existe ninguna ley de aquella calidad de la que pudiera derivarse la certeza de la afirmación final por la que se declara un hecho complejo como probado y al imputado como su autor. Por eso, el conocimiento judicial pertenece siempre a la clase del conocimiento probable, ya que la conclusión no se deriva con necesidad lógica de las premisas. Aunque se exprese en términos apodícticos y en una sentencia firme.

Los riesgos de ese tipo de conocimiento sólo pueden conjurarse tendencialmente adoptando determinadas precauciones de método frente al posible error. Son las implícitas en el modelo de proceso acusatorio o contradictorio. Estas, en tanto que consagradas e impuestas mediante textos legales, pueden ser moduladas por el legislador. Pero es claro que en su dimensión metodológica resultan inderogables si no es al precio de producir una drástica degradación de la calidad cognoscitiva de la actividad de enjuiciamiento.

Trabajar con hipótesis

Como ha tratado de hacerse ver, el juez o tribunal que juzga trabaja con y a partir de alguna hipótesis. La hipótesis es un intento de explicación de algo que ha sucedido (en este caso, un hecho de relevancia criminal), y juega ya en el primer momento de la investigación, en el mismo "lugar del crimen", donde, obviamente, si el cadáver presenta una herida incisa a la altura del corazón, el Juez de instrucción no se planteará siquiera la posibilidad de que la muerte haya sucedido por arrollamiento de un automóvil. Del mismo modo que descartará la explicación inicial del arma blanca tan pronto como el forense le informe de que fue hundida en el tórax de la víctima con posterioridad a su fallecimiento.

Es por esa vía de evaluación de la capacidad explicativa y eventuales descartes de algunas hipótesis, como, al fin, se llevará a un tribunal la que pudiera considerarse plausible y susceptible de prueba. Y éste habrá de realizar una valoración provisional de su consistencia antes de abrir el juicio. La hipótesis llega al juicio con el apoyo de una proposición de prueba; y puede hacerlo sola o en concurrencia con otra (u otras) alternativa(s). En el primer caso, tendrá enfrente la mera negación de su pretendida validez por parte de la defensa.

Por lo general, la imputación que debe probarse aparece formada por un conjunto de afirmaciones de hecho, a veces de notable complejidad. De este modo, la hipótesis acusatoria, la que tiene por objeto el hecho principal, es decir, la imputación, es susceptible de

descomponerse en un conjunto de sub-hipótesis, relativas a los diversos hechos secundarios, que serán objeto de prueba de forma individualizada.

Planteada la hipótesis, la simple contestación de ésta, y la(s) hipótesis alternativa(s) en su caso, se desarrolla la actividad probatoria: generalmente testigos, también documentos, pericias, etc., todos examinados en régimen de contradicción. El objeto de esta fase es comprobar si la hipótesis de la acusación, que aparecía dotada en principio de calidad explicativa, puede o no probarse.

En el tratamiento del resultado de los medios de prueba hay que operar, en principio, de forma individualizada, esto es, con cada uno de ellos separadamente, atendiendo a la calidad de la fuente y las particularidades -la corrección- del procedimiento de obtención del elemento o elementos de prueba: la credibilidad del testigo según el carácter de su relación con el objeto de prueba, con los sujetos implicados, los eventuales intereses en juego; la espontaneidad o la falta de espontaneidad de las respuestas, a tenor de la calidad de las preguntas; el contenido o la carencia de contenido empírico de las afirmaciones, etc. Después, los datos así obtenidos se pondrán en relación con los debidos a otras fuentes de prueba.

De este modo, se llega a disponer de una constelación de elementos de juicio que pueden o no servir para probar la hipótesis de la acusación. Si ésta fuera cierta, es decir, si la acción criminal se hubiera producido por quién y cómo en ella se sostiene, tendría que haber desencadenado ciertos efectos constatables en la realidad mediante la prueba. La finalidad de ésta es comprobar empíricamente si ha sido o no así. Si pueden rastrearse en la realidad los indicios o vestigios que harían atendible la explicación. (En el caso que ha sido objeto de análisis, de la hipótesis acusatoria de Ticio -esto es, que fue golpeado, primero por Cayo con el puño, hallándose ya de espaldas, en la región parieto y temporo-occipital y luego en diversas partes del cuerpo por éste y por Sempronio- serían deducibles ciertas consecuencias, cuya realidad debería comprobarse para evaluar la fecundidad explicativa de la misma. A saber, una determinada localización de los traumatismos de Ticio y algún estigma en la mano con que fue golpeado. Es lo que, en efecto, se pudo comprobar, y por eso el sentido de la condena.

Por ejemplo, si aparece muerto Cayo de forma no accidental ni natural, la hipótesis de que el autor ha sido Ticio podrá considerarse ciertamente probada si se hubiera acreditado, mediante pruebas obtenidas de testigos tenidos por imparciales:

- que Cayo tenía enemistad previa con Ticio;
- que Ticio era un individuo violento;

- que en fechas anteriores ambos habían protagonizado un incidente, en el curso del cual Cayo había sido amenazado por Ticio;
- que, además, en torno a la hora en que se data la muerte de Ticio, Cayo había sido visto cerca del lugar del crimen;
- que Cayo había fallecido a consecuencia de un golpe seco de determinadas características en una zona sensible y se supiera que Ticio es experto en artes marciales.

Decrecerá, en cambio, la eficacia convictiva del cuadro probatorio de no concurrir en él el último dato; y muy sensiblemente de faltar también el penúltimo.

Una hipótesis es tanto más explicativa cuanto mayor es el número de datos probatorios a los que es capaz de conferir sentido, integrándolos armónicamente. Y cada uno de éstos estará tanto y mejor acreditado cuando mayor sea la diversidad de elementos de prueba que le presten soporte.

Lo ideal es que la hipótesis acogida lo explique todo, pero no suele suceder, pues pueden quedar y, normalmente, quedan "cabos sueltos". Cuando estos versan sobre circunstancias periféricas y no generan vacíos de explicación sustanciales, el factor de incertidumbre que pudieran aportar será irrelevante; lo que no ocurrirá, en cambio, cuando el mismo afecte a algún elemento principal del thema probandum, con trascendencia en el orden de la tipicidad del hecho.

Duda metódica y método

La presunción de inocencia como regla de juicio reclama del juez el esfuerzo de situarse metódicamente en una actitud inicial de duda; dicho con una expresiva imagen de Muratori, le exige que "se quede perplejo... para conocer"⁷. Es decir, en una actitud crítica frente a las fuentes de prueba, las reglas a utilizar, la calidad de los datos. Pero también frente a su propia percepción. Esto, es claro, sólo será posible si parte de la conciencia del deber de motivar y de que tiene que moverse únicamente en el terreno de lo motivable.

Tal es la actitud intelectual con que debe accederse a la valoración de la prueba y a su motivación. Primero, procediendo analíticamente en los distintos pasos de la secuencia de la prueba; y, luego, en la comprobación retrospectiva de la deducibilidad de los resultados, de las premisas que se van a hacer figurar formalmente como sus antecedentes probatorios.

⁷ L. A. Muratori, *Defectos de la jurisprudencia*, trad. de V. M. de Tercilla, Imprenta de la Viuda de D. Joachin Ibarra, Madrid, 1794, pág. 17.

Por eso, creo que hay un presupuesto de carácter cultural, de particular importancia, que es la claridad de conciencia del juez sobre la complejidad real de la actividad y de la importancia del método; sobre que su campo de operaciones es el del conocimiento probable, cuya adquisición, como se ha visto, no se rige por leyes de validez universal de las que esperar fáciles soluciones tranquilizadoras. Y, desde luego, no tiene absolutamente nada que ver con vacío de reglas o el reino de la intuición, del peligroso "sexto sentido".

El juez tiene que saber que no hay pruebas fáciles, ni directas, puesto que en contra de lo que suele afirmarse, ninguna le pone en esa clase de contacto con los hechos, que tampoco existen ni le pueden ser presentados como tales. Del mismo modo que ha de ser consciente de que la intermediación no coloca en sus manos una bola de cristal que trabaje por él. La intermediación, aunque condición sine qua non de la calidad del enjuiciamiento, no es de por sí garantía de acierto en el juicio, en contra de lo que a veces parece postularse en alguna jurisprudencia. Ningún proceso ha gozado de tanta intermediación como el inquisitorial ni ha producido tantos y tan graves errores. Y es que la intermediación no es en sí misma un método, sino una forma de relación con las fuentes de prueba y con el material probatorio. Por eso es compatible con actitudes metodológica y racionalmente inaceptables.

La garantía está en el respeto de las reglas -de obtención de conocimiento- implícitas en el principio de contradicción:

- Orgánicas: garantías institucionales de la imparcialidad del juez, con la necesaria traducción en una clara distribución de papeles en el escenario procesal.

- Procesales: presunción de inocencia, claridad de la acusación, efectiva posibilidad de contradecir y probar, respeto de las reglas del juego probatorio, intermediación judicial y rigurosa observancia del deber de motivar, muy en particular la convicción probatoria.

El deber de motivación está claramente incorporado a nuestro ordenamiento, por la vía del art. 120,3 de la Constitución y del art. 248 de la LOPJ. Pero no es eso sólo, además, este precepto introduce en las sentencias un área temático que llama "antecedentes de hecho". Normalmente se le dota de un contenido de referencias burocráticas, relativas al trámite, algunas perfectamente inútiles. Pero es el marco en el que debería incluirse -como se dirá- el imprescindible inventario de las vicisitudes probatorias del juicio, para ilustrar al lector sobre la confrontación de las posiciones parciales en la materia. Es la única manera de que resulte inteligible la valoración de aquéllas; y el porqué de atribuir a determinados datos el carácter de probatorios, privando de él a otros. Es sabido que en la práctica no se hace así, con lo que la

justificación de la valoración de la prueba suele aparecer suspendida en un vacío de antecedentes, imposible de cubrir por quien no disponga de información precisa de lo acontecido en el juicio, y aún así.

En tema de cultura de la motivación hay un amplísimo trecho por recorrer. Mirando hacia adelante, es patente que se está en los primeros pasos. Pero, si se compara lo que de esta materia comienza a hacerse presente en el ambiente jurídico y jurisdiccional con lo que había hace sólo algunos años, cabría ese mínimo de optimismo de la voluntad que hace falta para tratar de empujar la realidad hacia adelante.

INDICACIONES PRÁCTICAS EN MATERIA DE REDACCIÓN DE LA SENTENCIA PENAL [NOTAS COMPLEMENTARIAS]

En lo que sigue, siguiendo el esquema de sentencia que se propone, se aportan algunas indicaciones, esencialmente prácticas, que tienen también que ver con el habitual tratamiento práctico de las correspondientes cuestiones.

Órgano jurisdiccional

Sentencia

Nº de causa

Referencia a la misma en el órgano de procedencia

Órgano de procedencia

[Encabezamiento]

En alguna ocasión he visto que se rotulaba así expresamente esta parte de la sentencia. El término, que aquí se utiliza sólo con objeto de titular este apartado del trabajo, no debe aparecer, como en general no aparece, en las resoluciones.

En tal sitio, a tantos de tantos.

Fulano de tal, Juez de... ha visto en juicio oral y público la causa seguida por delito de...

Fulano de tal, lisa y llanamente, esto es, sin tratamiento, que es el título de cortesía o protocolo que se da a alguien (esto es, sólo a un tercero). Aquí, pues, de uso impropio, ya que el juzgador habla de sí mismo, por lo que deberá tutearse. También, obviamente, cuando se trate de juzgadores en plural, que harían muy bien evitando el latiguillo surrealista del "señores anotados al margen" y otros similares. En idéntica línea, tratándose del Tribunal Supremo, podría ser la hora de abandonar esa sofisticación mayestática del auto-tratamiento que es el

"ante Nos pende".

Se ha dirigido la acusación contra...; en prisión por esta causa. [No habría necesidad de indicar que en libertad cuando lo estuviera]. Le ha asistido el letrado Sr....

Ha sido acusación particular Fulano de tal; asistido por el letrado Sr....

Ha intervenido el Fiscal.

La inclusión aquí de estas menciones tan obvias de la sentencia responde a la finalidad de sugerir algo, no menos obvio, pero que es necesario decir, a la vista del tenor de la práctica burocrática dominante. Es que el encabezamiento de la resolución no tiene por qué ser un bloque compactado, que comience a hacer ya desde ese punto tediosa e incómoda la lectura. Puede descomponerse en varios párrafos y así resultar más fácilmente abordable.

En otro orden de cosas, me parece útil señalar que no habrá nada que decir sobre la antecedentes penales cuando no existen; y menos aún si existiendo no fueran computables. Que el acusado hubiera delinquirido con anterioridad es un dato a incluir, cuando, constando, sea legalmente relevante, en los hechos probados. No porque merezca la consideración de elemento fáctico sensu stricto, sino porque los antecedentes constituyen un dato que tiene en común con aquéllos la condición de subsumible en un precepto penal.

Se sugiere extraer las referencias de registro de la causa y órgano de procedencia fuera del encabezamiento, para aligerarlo. Deben constar en la sentencia, pero puede hacerse del modo que aquí se expresa, que es más funcional por razón de visibilidad, ya que permite una captación inmediata.

Antecedentes Procesales

La LOPJ habla ahora (art. 248,3º) de "antecedentes de hecho". Me parece más correcto rotularlos como "procesales", puesto que tales antecedentes, como se hace ver en lo que sigue, no son exclusivamente -en la mayor parte de las sentencias al uso, no lo son en absoluto- fácticos.

Eventualmente, se dejará aquí constancia del planteamiento de las cuestiones previas, aunque no se razone en esta área sobre la decisión al respecto, cosa que se hará, dentro de la motivación, con carácter también previo.

El marco de los antecedentes procesales es asimismo el área en el que deberán recogerse, en su caso, las ilicitudes probatorias. Así, por ejemplo, es donde habría que describir una hipotética entrada y registro irregular que constituyera la única prueba de cargo. Todo con el suficiente detalle y referencia concreta a los folios correspondientes de la causa donde tal diligencia aparezca documentada. También se recogerán los datos que hubieran emergido al respecto en el juicio, poniéndolos en conexión con las respectivas fuentes, conforme a lo que se halle recogido en el acta.

En el supuesto normal, es decir, de prueba legítima y valorable, debería dejarse expresión del resultado de la misma en estos términos:

- El testigo A dijo (mejor si se expresa hablando él en primera persona y con sus propias palabras)

- El testigo b, etc.

(Cuando se haya hecho uso del Art. 714 se expresará la parte de la declaración prestada ante el instructor que contradice la del juicio).

-El perito A, B, etc.

-En el documento X (nº de folio) consta...

En definitiva, se trata reseñar las fuentes de prueba examinadas en el juicio y el rendimiento de cada una de ellas, que será, luego, objeto de valoración como prueba de cargo o de descargo. Todos los datos deben contar con un referente documental, es decir, tener previo reflejo en el acta o en documentos valorables.

Naturalmente, no hay que transcribir el acta, ni siquiera trasladar la mayor parte de su contenido. Únicamente en síntesis -y con honestidad intelectual- las afirmaciones relevantes de cargo y descargo; pensando en que lo que importa es hacer que la sentencia se autoexplique y que quien la lea, aun siendo ajeno a la causa pueda conocer todas las razones del fallo y formar juicio al respecto.

Este ejercicio, aparte el coeficiente de claridad y transparencia de la decisión que aporta, tiene una ventaja sobreañadida. En él, plásticamente, la obligación constitucional de motivar preactúa sobre la propia valoración de la prueba. En efecto, hay impresiones que el juez podría haberse formado en el juicio y que, llegado el momento de plasmarlas, no sea capaz de verbalizar. Pues bien, las impresiones que no son expresables, es decir, transmisibles e intersubjetivamente contrastables, no deben formar parte del contexto de la decisión, tendrán, pues, que ser conscientemente eliminadas. No se me oculta que ésta puede ser una afirmación polémica. Pero imagínese una causa en la que todo lo que el tribunal pudiera expresar como *ratio decidendi* de

una sentencia condenatoria es que el -para hacerlo aún más gráfico- único testigo le había parecido más sincero que el acusado. Pues bien, una sentencia con semejante fundamento sería prácticamente inimpugnable. La alternativa a ese género de motivación -que se resuelve en un acto de fe y exige otro del afectado y del lector- sólo puede ser, claro está, la absolución. Aunque, a veces, mejor, quizá, un análisis más cuidadoso del cuadro probatorio en su totalidad, en lugar de la cómoda "apreciación en conciencia", intuitiva o preconsciente, pues resulta difícil que las afirmaciones de los testigos y del imputado no sean susceptibles de contrastarse con algunos datos de otra procedencia. De todas formas, si hay algo claro es que un sistema regido por el principio de presunción de inocencia como regla de juicio no puede tolerar condenas que no aparezcan racional y explícitamente fundadas.

Finalmente, se recogerán las calificaciones de las partes. No suelen incluirse los hechos contenidos en éstas, aunque, en rigor, sería necesario hacerlo, puesto que delimitan el objeto de prueba y acotan el ámbito de los posibles hechos probados.

Hay supuestos en los que el escrito de acusación, a pesar de que con él se haya abierto el juicio, no incluye en realidad un auténtico relato de hechos penalmente relevantes, lo que imposibilitará la condena, por falta de verdadera acusación. Esto no es infrecuente en el caso de hechos complejos, en los que las partes acusadoras con cierta frecuencia se limitan a hacer referencias sintéticas carentes de real valor descriptivo. Pues bien, en tales ocasiones, es inexcusable recoger en su literalidad el relato de la acusación, para el ulterior análisis, por su relevancia para la decisión.

No es inusual que en las sentencias, tanto al tratar de los antecedentes procesales como de la motivación, cuando no contienen más que un apartado, éste se inicie con el término "único" o "primero y único" (!). Creo que algo de esto sucede con modelos incluidos en el propio programa "Libra", que incomprensiblemente reiteran precisiones de tan clara inutilidad. Herencia, paradójicamente informatizada, de la oficina judicial galdosiana.

Hechos Probados

La primera recomendación es evitar el uso abusivo del gerundio⁸. Aparte razones de estética, hay otra poderosa, y es que constituye una forma no personal del verbo, que, por tanto, no designa a su propio sujeto. Es frecuente, por ello, que a lo largo de un relato

⁸ Sobre el particular, cfr., J. Bayo Delgado, "La formación básica del ciudadano y el mundo del derecho. Crítica lingüística del lenguaje judicial", en *Lenguaje judicial*, de varios autores, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1998, págs. 29-31.

construido en esa clave verbal, que induce además a expresarse en larguísimos párrafos, el sujeto acabe literalmente "perdiéndose" por el camino.

La segunda recomendación es que se haga uso de períodos cortos, siempre y sólo de contenido descriptivo.

La tercera recomendación es que se atribuya al autor de la conducta típica el carácter de protagonista. Así, por ejemplo, cuando se reprocha la venta de una cantidad de droga, aquélla se describirá de manera que el imputado aparezca también como sujeto de la oración en el orden sintáctico, puesto que lo ha sido de la acción en el plano empírico. Es decir: "Fulano entregó a Mengano a cambio de dinero..."; y no, como en infinidad de ocasiones suele escribirse: "Fulano fue sorprendido por la policía...". Porque la intervención policial es normalmente un antecedente extraprocesal, ajeno al hecho típico y, por lo mismo, irrelevante en el orden fáctico. Salvo cuando la misma incida en el iter crimis, supuesto en el que, obviamente, deberá reflejars su existencia, pero con el rango y en el lugar que le corresponda.

Una cuarta recomendación: los hechos -salvo el caso aludido de que no exista prueba susceptible de apreciación, por razón de ilicitud- deben redactarse en positivo, es decir, afirmando acerca de lo que se ha probado como efectivamente sucedido. Por tanto, no es correcto el socorrido modo de operar consistente en introducir el aserto central de la acusación para, a continuación, decir que no ha sido probado.

Es relativamente usual que el relato vaya precedido de fórmulas como "expresamente se declara". Constituyen una reiteración inútil, puesto que ya precede la declaración formal que da título a este apartado de la sentencia. También son inútiles, por innecesarias, algunas fórmulas rituales del tipo de "valorada la prueba en conciencia y con inmediación"⁹. Esto no necesita declararse, se trata de hacerlo realmente y que sea bien observable a través del discurso probatorio.

Los datos deben introducirse, no por acumulación ni de manera desordenada, sino siguiendo un criterio que vendrá impuesto por la propia dinámica de la acción que se describe. Hay algunos, por ejemplo, los relativos a las aseguradoras en los accidentes de automóviles, que pueden recogerse perfectamente al final del texto, descargando así el relato del curso de la acción de incisos que no tienen que ver directamente con el desarrollo de la misma.

⁹ Es muy frecuente que solemnes declaraciones de ese tenor vayan seguidas del más absoluto vacío de motivación. En una sentencia reciente, que condenaba por una falta, podía leerse: "Apreciando en conciencia y con plena inmediación las pruebas practicadas en el acto del juicio considero acreditada la veracidad de la denuncia y, en consecuencia, los hechos declarados probados son constitutivos de una falta de hurto tipificada en el artículo..."

Sobre todo en los accidentes múltiples resulta particularmente tedioso hallar, junto a cada conductor y el número de matrícula del automóvil, la mención de ser o no ser propietario o la identidad del que lo fuera, en otro caso, la marca del vehículo, que puede ser perfectamente irrelevante, la compañía de seguros. Y los datos de identidad de los acompañantes, que normalmente no habrán tenido que ver con el curso de la acción. Esta debe desnudarse de referencias inútiles en el plano de la descripción. Las que no formen parte de la dinámica comisiva y tengan por tanto un interés colateral o secundario, pueden muy bien ser objeto de párrafos separados, que se incluyan con posterioridad. Como la especificación de las lesiones y secuelas. Puede parecer excesivo que se diga aquí que unas y otras han de hacerse constar de manera detallada en los hechos probados. Pero son bastantes los casos en que este relevante extremo se despacha con un reenvío al informe del forense¹⁰. Incluso en supuestos en que éste ha sido cuestionado sobre la base de otros dictámenes médicos.

Tampoco la edad de los sujetos o su fecha de nacimiento tiene por qué formar parte del relato, salvo que sea relevante en concreto, a efectos, por ejemplo, de atenuación de la pena. En otro caso, ya existirá constancia en el encabezamiento. Así, carece de todo sentido la introducción mecánica de la expresión "mayor de edad" y, no se diga si -como es habitual- va seguida del tópico "sin antecedentes penales". Cuando estos existan, como se ha dicho, figurarán al final, en párrafo aparte.

El diccionario es sumamente rico en posibilidades. Por eso, es aconsejable jugar con los sinónimos, siempre que ello resulte posible sin pérdida de precisión conceptual. Así, por ejemplo, cabría hablar de turismo, coche, auto, automóvil, vehículo. Cualquier cosa menos incluir una reiteración de menciones al "referido vehículo".

Ha de evitarse hacer uso de cierto tipo de expresiones que, procedentes de diversas jergas, terminan confluyendo en la judicial. Por ejemplo, una cuenta corriente no se "apertura", sino que simplemente se abre. La droga no se lleva nunca "en disposición de donación y venta". Los objetos no suelen ser designados como "efectos" en el lenguaje usual ni en el literario.

Es importantísimo que los hechos probados se escriban siempre de primera mano. La observación tiene plena razón de ser, debido a

¹⁰ Claro que en materia de reenvíos pueden citarse casos como el siguiente (que sirve, de paso, para dar cuenta de la pertinencia de algunas observaciones precedentes): HECHOS PROBADO.SÚnico.- Fulano interpuso denuncia el [fecha] contra Mengano alegando que le había agredido el mismo propinándole golpes en la cara y resto del cuerpo; llegado el día del juicio comparecieron las partes efectuando las alegaciones que estimaron oportunas y que constan en el acta del juicio levantada y que aquí se dan por reproducidas, en aras de la brevedad.

que existe una odiosa práctica judicial que consiste en reproducir literalmente, por sistema o casi, los de la acusación¹¹; a despecho de lo que pudiera haber sucedido en el juicio. Al obrar así, se olvida algo esencial, y es que la sentencia es un todo unitario, un conjunto de planos de discurso de contenido fáctico y jurídico dialécticamente integrados, cuya elaboración no es delegable en ninguno de sus tramos. Por otro lado, con ese perezoso y burocrático modo de operar se despersonaliza una actividad como la de sentenciar que ha de ser personalísima y para la que cualquier hábito rutinario representa un riesgo. Además, con tal proceder mecánico y al eludir el esfuerzo de elaboración de esa parte nuclear de la decisión, se corre el riesgo de dejar fuera del relato elementos significativos que no habrían escapado a una atención activa y cuidadosa. De otro lado, la realización del esfuerzo intelectual de elaboración de los hechos probados obliga a una reconsideración sistemática de todo el proceso de justificación de la valoración de la prueba, lo que en el necesario ir y venir de unos a otra permitirá descubrir eventuales lagunas y saltos en el curso inferencial y, así, reforzar el rigor y la coherencia del discurso.

A todo lo anterior debe añadirse una razón más para el rechazo de tal recusable modo de proceder judicial. Es que, así como entre los jueces no es inusual semejante mala práctica, tampoco es infrecuente que los fiscales beban directamente en el atestado. Con lo que, cuando se produce ese arrastre indebido, al fin es aquél texto el que se transfunde a la sentencia.

De los hechos forma parte también la cara interna de la conducta. De este modo, puesto que se trata de un dato fáctico que, además, habrá de haberse probado necesariamente, tendrá que constar en el relato la existencia del ánimo o la intención que corresponda.

Finalmente, vale la pena hacer una breve referencia aquí al problema suscitado en tema de hechos probados por las situaciones de auténtico vacío probatorio, derivadas de la ilegitimidad radical de la prueba básica.

No obstante la prescripción genérica de la Ley de E. Criminal (Art. 142,2º) sobre la forma de la sentencia; y la previsión del art. 851,1º del mismo texto legal que autoriza a promover el recurso de casación "cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados", lo cierto es que si no hay datos probatorios, porque los que podrían haberse tomado en consideración no son legalmente valorables y carecen de existencia

¹¹ A veces, con la inserción de alguna frase de propia cosecha del juez, escrita a lápiz, al margen, con llamadas para el mecanógrafo, en el escrito de calificación del fiscal. Con el frecuente resultado de textos francamente ilegibles, incluso con erratas que denotan que el descuido se lleva -ya puestos en esta situación ¿por qué no?- al extremo de no repasar siquiera la redacción final resultante de las interpolaciones.

procesal, ¿podrán construirse hechos probados? ¿Con qué materiales?

Dado ese supuesto, nada infrecuente, habría que optar entre dos posibilidades. La primera, es acudir, como ha sido lo habitual, a la ficción de tratar como hechos probados lo que no son sino antecedentes procesales y que como tales quedan fuera del thema probandum, y carecen de aptitud para ser subsumidos en el tipo legal conforme al que se ha producido la acusación. La segunda, es redactar una sentencia sin hechos probados y dando cuenta en ella -en los antecedentes procesales- de cómo se han adquirido los elementos de juicio que fundan la declaración de ilegitimidad de la prueba. De este modo, la sentencia gana en consistencia lógica y se hace posible al tribunal que tenga que estudiarla con ocasión de algún recurso -sea de apelación o casación- un adecuado examen de sus presupuestos. Esto es, resulta inteligible, ya que hace explícito el curso del proceso decisonal y, en la misma medida, posibilita plenamente su eventual cuestionamiento.

Motivación

a) Sobre los hechos

Este es el espacio adecuado para exponer la valoración de la prueba. Lo correcto será tratar primero de forma individualizada cada fuente de prueba. Por ejemplo, se da valor probatorio al testimonio de A por la coherencia interna de sus distintas manifestaciones en el curso de la causa, y, sobre todo, porque lo que dicho por él en el juicio tiene confirmación en (se señalarán los otros elementos de prueba que corresponda). O, el testigo B no es creíble porque afirma que resultó agredido y que su actuación fue meramente defensiva, cuando se advierte que el supuesto agresor aparece policontusionado mientras que él no tuvo ni un rasguño.

Deberá discurrirse igualmente sobre los datos probatorios que permitan tener por probada la existencia de alguna circunstancia modificativa de la responsabilidad, que, como todos los demás, habrán sido previamente individualizados en los antecedentes procesales. Sólo a partir de aquí será posible realizar la necesaria valoración de conjunto de la actividad probatoria, que, obviamente, presupone que antes se haya constatado el rendimiento de cada medio en particular.

La exposición de la apreciación conjunta de la prueba es de ineludible realización, pero siempre y sólo en ese segundo momento. De otro modo, es decir, si la apreciación sintética no fuera precedida del antecedente analítico, se estaría frustrando el papel real de la motivación. Parece útil recordar a este respecto que la fórmula "en una apreciación conjunta de la prueba" era la cláusula de estilo al uso para entrar en la exposición per saltum de las conclusiones probatorias

cuando no existía el deber constitucional de motivar.

b) Fundamentos de derecho

En el caso antes aludido de prueba clave ilícitamente obtenida, como, en general, en los supuestos de falta de prueba, parece razonable prescindir de la distinción entre a) y b), puesto que, una vez realizado el análisis de la actividad probatoria, los fundamentos de derecho se reducirán a razonar brevemente la aplicación del principio "in dubio pro reo". En tales casos lo formalmente aconsejable es operar bajo el epígrafe único de motivación.

Las precedentes indicaciones en materia de redacción son trasladables a los fundamentos de derecho. En éstos, deberá actuarse también con sencillez expositiva, periodos breves, etc. Es aconsejable seguir en el análisis jurídico de la conducta enjuiciada el esquema de la teoría del delito. Y en esta línea, tener en cuenta que si concurriera alguna causa de justificación, puesto que afectará, negativamente, a la antijuridicidad, deberá ser estudiada en el marco de la estructura del injusto y no como "circunstancia modificativa". Lo que si resulta correcto cuando se trate de alguna de las relativas a la culpabilidad.

Creo que en este ámbito se ha de evitar el exceso de erudición jurisprudencial de disco duro. No hay nada más pesado de lectura que un fundamento jurídico cargado de inútiles invocaciones de autoridad. La jurisprudencia se citará cuando lo reclama la economía del discurso, no ad pompan... La cita deberá ser, pues, viva, operativa y no simplemente acumulativa. Y lo mismo cabe decir de cierta clase de argumentos.

Una cuestión importante en este campo es la motivación de la pena. El asunto está muy escasamente desarrollado y los jueces, como en general los juristas, tenemos muy poca cultura -y menos práctica- en la materia¹². Hay casos, como aquellos en los que, apareciendo probado el hecho y siendo clara su relevancia criminal, no existe razón para atribuir a la pena una especial gravedad y lo correcto será imponerla en su grado mínimo. Pues bien, en tales supuestos, el defecto de motivación específica no acarreará consecuencias apreciables de indefensión, pero eso no justifica que se prescinda de ella, como es usual. En la práctica suelen reservarse las razones que avalan la imposición de una determinada pena para cuando se recorre el marco penológico hacia arriba, supuestos en los que, con todo, no siempre se expresan. A pesar de que es patente que el imperativo constitucional genérico de motivación y el legal específico de justificación en concreto

¹² Sobre el particular remito al trabajo de Alberto Jorge Barreiro, La motivación en la individualización judicial de la pena, parte de un volumen sobre problemas de aplicación del vigente Código Penal, que prepara el Consejo General del Poder Judicial.

de la pena abarcan con igual nivel de exigencia a toda clase de supuestos.

En el caso de las sentencias de juicios de faltas es de lo más frecuente la utilización del precepto del art. 638 C. Penal como un cheque en blanco. Sin tener en cuenta que "prudente arbitrio" quiere decir uso racional y fundado de la cuota de discrecionalidad que la ley concede al juez, y las correspondientes razones habrán de exteriorizarse. Por lo demás, es claro que ese precepto autoriza a no hacer uso de las reglas de los arts. 61 a 72 del C. Penal, pero no libera del imperativo del art. 50,5º del mismo, en material de multa. Señalo esto porque en la práctica se inculpe de forma sistemática.

Fallo

Sigue empleándose generosamente la fórmula "debo/debemos condenar y condeno/condenamos". Es sin duda un arrastre histórico que podría tener sentido -quizá como expresión subliminal de mala conciencia- cuando la decisión no va precedida de una correcta expresión de la ratio decidiendi en materia de hechos y en derecho. Es decir, para tratar de colmar (inútilmente) ese vacío de motivación con la afirmación distractiva del cumplimiento de un deber. Pero es obvio que ese arcaísmo de corte litúrgico no añade nada en tales supuestos y, en cambio, es perfectamente inútil cuando el carácter debido de la condena resulta explícito de unos antecedentes del fallo correctamente elaborados.

En la redacción de éste, del mismo modo que las menciones innecesarias, han de evitarse los pronunciamientos confusos y farragosos. En vista del tenor real de muchas prácticas sentenciadoras, hay que reiterar lo obvio: el fallo no tiene por qué expresarse en un torturado y torturador único párrafo. También parece conveniente señalar que no deben citarse en él preceptos legales. Del mismo modo, habría que evitar la muletilla inútil que consiste en adicionar a la mención de cada delito un "ya definido". En efecto, si, como debe ocurrir, lo ha sido en el momento oportuno, decirlo para que tal afirmación se lea después de leído el cuerpo de la sentencia carece de todo sentido; y, si la conducta delictiva no hubiera sido ya antes bien caracterizada jurídicamente, se estaría faltando ostensiblemente a la verdad. No hay por qué decir que no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, cuando, en efecto, no concurren.

La no infrecuente alusión a la o las "accesorias" deberá sustituirse por la mención concreta de la pena de que se trate.

En los casos de sustitución de la pena, hay que precisar los términos de la misma de forma detallada.

El punto final de las sentencias suele ir precedido de un "definitivamente juzgando, lo pronuncio, mando y firmo"; que a veces se refuerza con un "lo declaro"; asertos que se hacen en plural si el tribunal es colegiado. Lo dicho antes acerca de la reiteración de otros tópicos arcaizantes del mismo grado de inutilidad y falta de estética ahorra aquí ya todo comentario.